جامعة المنصورة
كلية الحقوق

التأمينات الشخصية والعينية

ودراسة في قانون التمويل العقارى ٢٠٠١/١٤٨

للدكتور/ أحمد السعيد الزقرد

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني

المحامى بالنقض

تقديم:

التأمينات العينية في القانون المدني على نوعين ، أصلية هي حق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق الاستعمال والسكنى والانتفاع والإرتفاق ، والحكر . وتبعية تتمثل في الرهن بنوعيه، وحق الاختصاص وحقوق الامتياز . أما التأمينات الشخصية فمقصود منها الكفالة على وجه الخصوص .

وقد آثرت لأسباب علمية منهجية أن يكون مؤلفنا وجيزاً، وحديثاً، وفي نوعي التأمينات.

فهو وجيز لقناعتي بأن الحصول على المعلومات في زمن الحاسوب وشبكة الاتصالات الدولية Internet من أكثر المسائل يسراً وسهولة بينما الأصعب المنهج العلمي الذي سيقت هذه المعلومات في إطاره .

وهو حديث لتناوله قانون التمويل العقاري رقم ٢٠٠١/١٤٨ محمولاً على أحدث تعديلات قانون البنوك والإئتمان[1] وبينهما وبين الرهن العقاري والامتياز العقاري – على ما سنرى – رابطة لا يمكن تجاهلها ولا إنكارها .

وفي التأمينات الشخصية، والعينية على السواء لأن الأولى فيما سنرى لا تقل أهمية عن الثانية، ولا معنى لأن يلم طلابنا بالثانية دون لأولى .

---

[1] المقصود القانون ٢٠٠٢/٨١ المعدل لأحكام القانون ١٩٥٧/١٦٣ – الجريدة الرسمية – ع ٢١ مكرر – ٢٠٠٢/٥/٢٩ .

إلى هذا، فقد حرصت على منهج علمي يمكن طلابنا من الاختيار بين البدائل، وتمحيص مختلف الآراء، وبناء النتائج من مقدمات تؤدى إليها ، وربط النظريات المجردة بالواقع العملي، وحرصت بصفة خاصة على أن تأتى صياغة المؤلف سهلة واضحة ، وأن تنأى عن الإغراق في مسائل فلسفية وتاريخية لا تهم – في نظرى لا طالب القانون، ولا المتخصص فيه .

- المؤلف -

- مقدمة عامة

- قصور الضمان العام عن حماية حق الدائن :

١- الأصل على ما ورد بالمادة ٢٣٤ مدني أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وجميع الدائنين متساوون في الضمان العام ويترتب تفريعاً على ذلك كل من النتيجتين الآتيتين :

الأولى : أن يد المدين لا تغل عملاً عن التصرف في أمواله فيمكنه أن يخرج كل أمواله، أو بعضها عن ملكيته، فيضعف من الضمان العام للدائنين وقد يحتج على ذلك بأن للدائن وإن لم يتعلق حقه بمال معين للمدين أن يلجأ بداية إلى الوسائل التحفظية حماية للضمان العام [٢] كذا، يستطيع أن يلجأ إلى وسائل أبعد مدى من الإجراءات التحفظية بما في ذلك الدعوى غير المباشرة بالمادة ٢٣٥ ، وبعدها مدني، أو الدعوى البوليصية بالمادة ٢٣٧ وبعدها مدني ٠ ومردود على ذلك بأن المشرع ، قد اشترط شرائط معينة في كل من الدعويين إذا لم تتوافر، لا يتسنى للدائن رفعها بما لا يوفر حماية كافية للضمان العام [٣] ٠

---

[2] وبالفرنسية Des mesures conservatoires ، كوضع الأختام على أموال المدين، أو التدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك للمدين ، أو التدخل طرفاً ثالثاً في الدعاوى التى ترفع على المدين ٠ انظر سيملر ، وديلبك / القانون المدني – التأمينات والشهر العقارى / ط٢ ١٩٩٥ / ص ٥ / بند – وص ١٣ / بند ١٠ ٠

[3] تفصيلاً لذلك ، السنهورى/ الوسيط / ج ٢ / بند ٤٥٤ ٠ كابرياك ، مولاى بقانون التأمينات / ١٩٩٠ / ص ٢ ، ص ٣ / بند ٢ ٠

٢- وقد يحتج على ذلك مرة ثانية بأن المشرع كفل للدائن حماية أخرى للضمان العام ، تتمثل في الحق في الحبس بالمادة ٢٤٦ مدني وبعدها والمقاصة بالمادة ٣٦٢ مدني وبعدها .

ومردود على ذلك بداية بأن الحق في الحبس رهين بحيازة أو إحراز الدائن لشيء مملوك للمدين يرتبط به الحق الذي نشأ في ذمة المدين . فإن لم يكن الدائن حائزاً لأموال المدين يمكن حبسها لاستيفاء حقه فإن ذلك يضيق نطاق الحق في الحبس ويجعل تطبيقه محدوداً . وحتى بافتراض حيازة الدائن، أو إحرازه أملاكاً مملوكة للمدين يمكن حبسها استيفاء لحقه . فإن الحق في الحبس لا يوفر للدائن – وهذا مهم – التقدم على غيره في استيفاء حقوقه من أموال المدين وإنما يزاحمه سائر الدائنين في قسمة الغرماء [4] .

كذا ، فإن المقاصة، وهى طريق من طرق انقضاء الالتزام ، توفر للدائن -ى يكون مدين لمدينه أولوية استيفاء حقه مما يجب عليه الوفاء به بهذا المدين م ٢٤٧ مدني . وعليه، فإنها تجنب الدائن – في الحدود التى تقع فيها المقاصة - مقاسمة غيره من دائنى المدين[5] ومع ذلك فإن المقاصة لا تقوم إلا على دينين

---

[4] السنهورى / الوسيط / ج ٢ بند ٤٥٤ – جمال الدين زكى / الوجيز في النظرية العمة للالتزامات / ط ٣ / بند ٢٩٧ وبعده .

[5] من الفقه الفرنسى ، مازو / المجلد ٣ – بواسطة شابو – ص ٥ / بند ٢ .

متقابلين، تتوافر فيهما شروط محددة [6] إن لم تتحقق، لا يمكن للمقاصة أن تحقق وظيفتها كأداة ضمان ٠

٣- أما النتيجة الثانية المترتبة على نص المادة ٢٣٤ مدني سالفة الذكر، فهى مزاحمة بقية الدائنين للدائن بما يضعف من الضمان العام خصوصاً إذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه فتقسم بين الدائنين قسمة غرماء بنصيب كل منهم [٧] ٠

وعليه، فإن الوسائل السابقة ، على تعددها ، لا توفر حماية كافية للدائن ٠

- الضمانات لخاصة:

٤- لذا وضع المشرع بين يدى الدائن ضمانات خاصة تمكنه من استيفاء حقه دون أن يتعرض لخطر تصرف المدين في أمواله ، ولا لمزاحمة سائر الدائنين الآخرين ٠ وهذه هى التأمينات الشخصية والعينية [٨] والأولى تقوم على ضم مدين أو أكثر إلى المدين الأصلى ، بحيث يكون أمام الدائن مدينان أو أكثر إن

---

[6] هى على ما ورد بالمادة ٣٦٦ مدني – أن يكون موضوع الدينين نقودا ، أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وأن يكون كلمنهما خالياً من النزاع، مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء ٠ ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن ٠

[7] كما ينص المشرع المصرى على نظام شهر الإعسار إذا كانت أموال المدين لا تكفى بديونه المستحقة ، م ٢٤٩ مدني وحتى نظام شهر الإعسار لا يضمن في نظرنا للدائن استيفاء كامل حقه ، بل يهدف إلى تقليل الخسارة فحسب -- جمال زكى / ص ١٨/ بند ٣ ٠

[8] وانظر سيملر ، وديلبك / ص ٢٣ / بند ١٩

أعسر أحدهم، استطاع مطالبة الآخر ، ويدخل في ذلك التضامن بين المدينين ، وعدم قابلية الدين للانقسام والكفالة .

أما التأمينات العينية، فتقوم على تخصيص مال معين يؤمن للدائن الوفاء بالدين بحيث يترتب على هذا المال حق خاص له يخوله استيفاء دينه بالأولوية على سائر الدائنين العاديين ، بما في ذلك الرهن بنوعيه (الرسمى ، والحيازى) وحق الاختصاص ، وحقوق الامتياز .

- موضع التأمينات في التقنين المدني:

٥- وردت التأمينات الشخصية فى التقنين المدني موزعة على القسم الأول الخاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية ومن ذلك التضامن بين المدينين في الباب الخاص بأوصاف الالتزام أو الحقوق الشخصية – المادة ٢٨٤ مدني وما بعدها وعم قابلية الدين للانقسام – مادة ٣٠١ مدني وما بعدها . أما الكفالة، فقد عالجها المشرع المصرى في الكتاب الثانى من القسم الأول الخاص بالعقود المسماة بالمواد من ٧٧٢ إلى ٨٠١ مدني.

أما التأمينات العينية ، فقد تناولها المشرع في القسم الثانى وتحديداً في الكتاب الثانى الخاص بالحقوق العينية التبعية ، فعرض للرهن الرسمى في المواد ١٠٣٠ إلى ١٠٨٤ وحق الاختصاص بالمواد ١٠٨٥ إلى ١٠٩٥

والرهن الحيازى بالمواد ١٠٩٦ إلى ١١٢٩ وحقوق الامتياز بالمواد ١١٣٠ إلى ١١٤٩ .

كذا ، فقد صدر قانون التمويل العقارى ١٤٨/ ٢٠٠١ ، وعدل قانون البنوك والائتمان رقم ١٩٧٥/١٦٣ ،بالقانون ٢٠٠٢/٨١ لهما أثر مهم على الرهن الرسمى وحقوق الامتياز .

- خطة الدراسة :

٦- وطبقاً للترتيب الوارد بالقانون المدني ، سوف نعرض بداية للتأمينات الشخصية في القسم الأول على أن نتناول التأمينات العينية في القسم الثانى [9] .

---

[9] في ذات الخطة ، جمال زكى / التأمينات الشخصية . والعينية / ط ٣ / دار الشعب / ١٩٧٨ . توفيق فرج / التأمينات الشخصية والعينية / مؤسسة الثقافة بالإسكندرية / ١٩٨٤ . وسمير تناغو / التأمينات الشخصية والعينية / دار المعارف / ١٩٨٤ . وعكس ذلك نبيل سعد / التأمينات العينية والشخصية / منشأة المعارف / ١٩٨٢ . ومن الفقه من عرض للكفالة استقلالا . مثلا منصور مصطفى منصور / عقد الكفالة ١٩٦٠ . وسليمان مرقص / عقد الكفالة ١٩٥٩ . وأحمد شوقى عبد الرحمن ، عقد الكفالة بالفرنسية / المنصورة / ١٩٧٩ . ومن الفقه من عرض للتأمينات العينية وحدها – مثلا – محسن عبد الحميد البيه / الحقوق العينية التبعية في القانون المصرى / ١٩٩٧ مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة .
ومن الفقه الفرنسي - سيملر وديليك حيث عرضا للتأمينات الشخصية قبل العينية ط ٢ . وكابرياك ، ومولاى لزما ، نفس الخطة / ط ١٩٩٠ .

القسم الأول – التأمينات الشخصية (الكفالة)

Les Suretes Personnelles

- تحديد:

٧- لما كانت التأمينات الشخصية تتمثل – على ما رأينا – في التضامن بين المدنيين، وعدم قابلية الدين للانقسام ، والكفالة ٠ فإننا نستبعد من دراستنا للوهلة الأولى التضمن السلبى وعدم انقسام الدين، ونحيل بشأنهما إلى ما سبق دراسته في مؤلفات النظرية العامة للالتزامات [10] ٠ ونخصص هذه الدراسة لأحكام الكفالة Le Cautionnement ٠

ونلفت النظر بأن كتابة بعض الشراح في القانون المصرى[11] قد تناولت التأمينات العينية وحدها دون الكفالة ، بوصفها أحد أهم التأمينات الشخصية، وهو أمر لا نفهمه ٠

فالكفالة ، تنتشر في المجتمع المصرى لقوة الصلة بين أفراد العائلة، بما ييسر على المدين أن يقدم إلى دائنيه من يلتزم معه بوفاء الدين وليس أدل على

---

[10] مثلا، السنهورى/ الوسيط / ج ٢ – مصادر الالتزام ٠ ومنصور مصطفى منصور / مذكرات في نظرية الالتزام في القانون المدني الكويتى ج ٢ ٠ أحكام الالتزام ٠ وأحمد السعيد الزقرد / أحكام الالتزام / ط ٢٠٠٤ ٠

[11] بينما يعرض الفقه الفرنسى الحديث لمناقشة التأمينات الشخصية ، للعينية ، مثلا، كابرياك ومولاى / ص ١٠ ، بند ١١ ٠

ذلك من اقتران بيوع السيارات بالتقسيط بتقديم المشترى كفيلا يضمنه [١٢] ، وأنه في التمويل العقارى إذا كان العقار محل التمويل غير مسجل باسم البائع، يكون للممول أن يقبل ضماناً للتمويل كفالة شخصية من غير المستثمر [١٣] ، كذا، فإن التطبيقات الحديثة لعقد الكفالة وأهمها كفالة البنوك تقى الدائن خطر إعسار الكفيل بما يساعد على انتشارها ، كما أن الكفالة كشأن التأمينات العينية تيسر للمدين الحصول على الائتمان بشروط أفضل ، أو بسعر أقل فائدة مما لو لم يقدم المدين من يلتزم معه بالدين ، ثم أن العديد من التطبيقات الأخرى للكفالة ، كالضمانات المستقلة أو الضمانات لأول طلب [١٤]

Les garanties autonomes ou garanties àPremiere demande[15]

تقترب من الكفالة أو تتفرع عنها بما يستتبع ضرورة الإلمام بها من طلاب العلم، والعمل ، إلى هذا فإن المشرع المصرى قد أولى الكفالة عناية خاصة فعالجها فيما يقرب من ثلاثين مادة بالقانون المدني، لا يمكن الإلتفات عنها ،

[12] انظر خميس خضر / التأمينات العينية فى القانون المدنى ط ١ / ١٩٨٢ ،

[13] المادة ٢ من اللائحة التنفيذية لقانون التمويل العقارى

[14] مثلا – تقرير سيملر في موسعة القانون المدني – المواد ٢٠١١ إلى ٢٠٤٣ – عن الضمانات المستقلة ١٩٨٨ / رقم (١) – ماتو القانون المصرفى الدولي / النك / ١٩٨٧ ص ٢٥٢ / بند ٢٠٣ – ومنها خطابات الضمان ، وخطابات الائتمان Standby والضمان البنكى – وفى انتشار الكفالة البنكية سيملر وديلبك / القانون المدني للتأمينات – والشهر العقارى / ط ٢ – دالوز / ١٩٩٥ /ص ٣٠ / بند ٢٣ والمادة "٣" من القانون المصرفى الصادر في ٢٤ يناير ١٩٨٤ – وريف لانج ورنيو موجز القانون المصرفى / دالوز / ١٩٩٥ / ط ٦ رقم ٦٠٦ وفيما أشير إليه لاحقاً ، ويتحدث كابرياك ومولاى عن إعادة اكتشاف الكفالة / ص ١٩ / بند ١١ ،

[15] وتختلف عن الكفالة ،في صورتها العادية ، في ان الكفيل يلتزم بصورة مستقلة ، فلا يكون تابعا للمدين الأصلى انظر في ذلك حديثا – نقض / تجارى / ٥ فبراير ١٩٨٥ / دالوز / ١٩٨٥ / ٢٦٩ تعليق فاسير – وسيملر وديلبك / ص ١٣ / بند ١٠ – وبند ٢٣٧ وسيملر ، الكفالة ، والضمانات المستقلة / ١٩٩٢ / بند ٢٧ ، وما بعدها ، أما خطابات الضمان فليست كفالة مدنية ،

ونظراً لانتشار الكفالة ، وأهميتها، كضمان خاص ، وتطبيقاتها الحديثة ، وعناية المشرع المصرى بتنظيم أحكامها ،وتجاهل بعض الشراح في القانون المصرى دراستها [١٦] فإننا نبدأ بها مؤلفنا .

٨- ونوزع دراستنا في الكفالة على فصلين ، نخصص الأول منها لانعقاد الكفالة ونعرض في الثانى لآثارها سواء في علاقة الكفيل بالدائن، أو في علاقة الكفيل بالمدين، أو في العلاقة بين الكفيل ، وغيره من الكفلاء .

ولكننا نقدم لذلك بفصل تمهيدى، نتناول فيه تعريف الكفالة ، وخصائصها وشروط الكفيل .

---

[16] بعكس البعض الآخر الذي عرض للكفالة كتأمين شخصى إلى جانب التأمينات العينية تماماً- السنهورى / الوسيط / ج ١٠ - جمال زكى / التأمينات الشخصية والعينية ط ٣ / دار الشعب / ١٩٧٨ - عبد الفتاح عبد الباقى / التأمينات الشخصية والعينية /١٩٥٠ توفيق فرج / التأمينات الشخصية والعينية /١٩٨٤ / مؤسسة الثقافة - سمير تناغو / التأمينات الشخصية والعينية - دار المعرف / ١٩٨٤ - نبيل سعد / التأمينات العينية والشخصية / منشأة المعارف /١٩٨٢ - منصور مصطفى منصور / عقد الكفالة / ١٩٦٠ / سليمان مرقص / عقد الكفالة ١٩٥٩ - رمضان أبو السعود / التأمينات الشخصية والعينية / منشأة المعارف / ١٩٩٤ ، أحمد شرف الدين التأمينات الشخصية والعينية دون ناشر ، ولا سنة نشر، وبعكس الفقه الفرنسى ، مثلا - سيملر، وديلبك / القانون المدني / التأمينات والشهر العقارى / دالوز / ١٩٩٥ / ط ٢ / وبُوتيه (ب) - الكفالة / النظرية العامة ، والتطبيقات المصرفية / ١٩٨٦ - كبيرياك ، مولاى / قانون التأمينات / ١٩٩٠ .

فصل تمهيدى

في التعرف بالكفالة ، خصائصها ، شروط الكفيل

تمهيد، وتقسيم :

٩- عرف المشرع المصرى الكفالة بالمادة ٧٧٢ من القانون المدني ، وخلص الفقه من تعريف الكفالة إلى بيان خصائصها ، ومن تعريف الكفالة وتحديد خصائصها ، يمكن التفرقة بينها وبين غيرها من الأنظمة القانونية التى قد تتشابه معها أو تختلط بها •

ومن ناحية أخرى فإن مصادر التزام المدين بتقديم كفيل متعددة ، فبعضها مصدره القانون ، كمما هو الحال في النفاذ المعجل بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد التجارية، بشرط تقديم كفيل [17] وهذه هى الكفالة القانونية وبعضها مصدره حكم القضاء وهذه هى الكفالة القضائية • فإذا التزم المدين ، بتقديم كفيل للدائن ، كان مصدره الكفالة ، الاتفاق •

وأخيراً، فقد اشترط المشرع أن يكون الكفيل موسراً ، وأن يكون مقيماً في مصر – المادة ٧٧٤ مدني• [18]

---

[17] وما ورد بنص م ١/٩٩٢ مدني ، بأنه إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً • وجب جرده ، ولزم المنتفع بتقديم كفالة به • وكان الأفضل في نظرنا أن يلتزم المنتفع بتقديم تأمين كاف ، لتشمل التأمين العينى ، والشخصى بما في ذلك الكفالة ؛

[18] وتفصيلا / انظر / جمال زكى / ص ٤٣ / بند ٢٢ •

١٠- وعليه ، فسوف نعرض بداية لتعريف الكفالة، وخصائصها والتفرقة بينها وغيرها من الأنظمة القانونية الأخرى في مبحث أول – ثم مصادر الكفالة، وشروط الكفيل – في مبحث ثان .

المبحث الأول

تعريف الكفالة ، خصائصها ، التفرقة بينها وبين غيرها

تقسيم :

١١- نعرف الكفالة[١٩] ونبين خصائصها في مطلب أول – على أن نفرق بينها ، وبين غيرها من الأنظمة القانونية في مطلب ثان .

المطلب الأول

تعريف الكفالة وخصائصها

١٢- نعرض بداية لماهية الكفالة ثم خصائصها على النحو الآتى :

أولاً- ماهية الكفالة :

١٣- الكفالة ، عقد يضم بمقتضاه شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام

[19] لم ير المشرع ما يدعو في بين أحكام الكفالة إلى التفرقة بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال شأن بعض التقنينات لأن الكفالة بالنفس لا تعتبر كفالة حقيقية . فالكفيل بالنفس لا يلتزم ، التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي وإنما يلتزم التزاماً أصلياً بعمل معين هو إحضار المدين الأصلي يوم حلول أجل الدين .

عليه ، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين[20] ويستفاد من هذا التعريف للكفالة ما يلي :

أن الكفيل لا يخصص أى مال من أمواله الخاصة لضمان الدين • أنه على ما ورد بالنص يضم ذمته إلى ذمة المدين • فيصبح للدائن ضمانان : الأول عام على أموال المدين ، والثاني عام ، على أموال الكفيل وتفريعاً على ذلك ، إذا أعسر المدين ، والكفيل معاً، فإن الضمان العام للدائن يظل مهدداً ، وهذا هو الفرق بين الكفالة ، كتأمين شخصي ، وبين التأمينات العينية، التي يتعلق فيها حق الدائن بمال خاص[21] •

على أنه يمكن تصور فرض يقوم فيه الكفيل بتقديم مال مملوك له ضماناً لدين الدائن• وفى هذه الحالة نكون بصدد كفالة عينية تختلف عن الصورة العادية للكفالة فيها يجمع الكفيل بين صفته ككفيل وراهن ويسمى الكفيل العينى

---

[20] وهو التعريف المختار في الفقه الاسلامي – مثلا – م ٨٣٩ من مرشد الحيران – وفى الكفالة عموماً انظر – من الفقه الفرنسى : سيملر وديلبك – القانون المدني – التأمينات والشهر العقارى – دالوز / ١٩٨٩ / ص ٣٠ / بند ١٩٩٥/٢٢ وسيملر/ الملكية ••• والملكية الخاصة ، والكفالة / مجلة الأسبوع القانونى ١٩٨٧/١٩٩٠ – وسيملر قانون التأمينات /١٩٩٠ / ص ١٩ / بند ١١ سيرى ، القروض العقارية المكفولة / جازيت دى باليه / ٢/١٩٨٧ / فقه / ص ٦٨٧- داجو – التأمينات العينية في مواجهة التأمينات الشخصية / الأسبوع القانونى / ١٩٨٣ – ص ٩٣ – وهايتز/ الكفالة كضمان لمنح الائتمان / مجلة البنوك / بلجيكا / ١٩٦٦ / ص ٢٢١ / ص ٢٢٣ –ومن الفقه المصرى السنهورى / الوسيط ج ١٠ / ط ١٩٧٠ / ص ١٩ / ص ٢٠ / منصور مصطفى / عقد الكفالة / ١٩٦٠ / ص ٣٠ – توفيق فرج / التأمينات الشخصية والعينية / ١٩٨٤ / ص ٨ / بند ٧ / سمير عبد السيد تناغو / التأمينات الشخصية والعينية / ط ٣ / دار الشعب / ٢٩/ بند ١١ – سليمان مرقس / عقد الكفالة / ١٩٥٩ / ص ٥ / بند ٢ وتمييز ١٩٨٦/١١/٥ / مجموعة القواعد القانونية / يونيه ١٩٩٦ / ص ٥٨ / رقم ٢ • بينما ورد نص المادة ٧٧٢ حرفياً على أن الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين •

[21] وهو ما لا يتحقق طبيعة الحال إذا كان الكفيل موسراً ، كما هو الشأن في كفالة البنوك ولذا تعتبر كفالة البنوك ، أحد أهم التطبيقات الحديثة للكفالة ، كما ذكرنا آنفاً •

Caution re'lle وتسرى عليه أحكام الكفالة ، والرهن في آن واحد • على أن حق الدائن في التنفيذ على أموال المدين بمقتضى ماله من ضمان عام [٢٢] •

كذا، يبين من النص المذكور ، بأن الكفالة عقد بين الدائن ، والكفيل والمدين ليس طرفاً فيها ، بل إنه وعلى ما سنرى حالاً ، لا يشترط لنفاذ الكفالة رضاء المدين بها حيث يمكن أن تتم دون علمه ، وبرغم معارضته ومع ذلك فإن المدين يستفيد من الكفالة ، دون أن يكون مشترطاً لمصلحته ، ولا مستفيداً في تعهد عن الغير •

وإذا كانت الكفالة، على ما رأينا ، تقوم على التزام أصلى " التزام المكفول" وتعمل على ضمان الوفاء به • فإن ذلك يؤكد معنى التبعية في عقد الكفالة [٢٣] أى أن التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول • وعليه، تتعدد العلاقات الناشئة عن الكفالة وتتمثل في علاقة الدائن بالمدين ، وعلاقة الدائن بالكفيل ، والأولى علاقة أصلية ، يمكن أن تختلف في محلها ، ومصدرها عن الثانية ، وهى علاقة تبعية [٢٤]•

[22] ولا يجوز للكفيل العينى مطالبة الدائن بالتنفيذ أولاً على أموال المدين وبعبارة أخرى ليس له الدفع بالتجريد ، بخلاف الكفيل الشخصي غير المتضامن مع المدين • ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك • كما أن الكفيل العينى يمكنه التخلص من توجيه الإجراءات ضده إذا تخلى عن العقار المرهون طبقاً للأحكام التى يتعبها الحائز في تخليه العقار ، على تفصيل لاحق • كما أن التزام الكفيل العينى تابع ، لذا يجوز له التمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين ، والتى من شانها أن تؤدى إلى انقضاء الدين كله أو بعضه •

[23] جمال زكى / ص ٣٨ / بند ١٨ – تناغو / ص ٢٠ / بند ٧ – سيملر وديلبك / ص ١٤ / بند ١٠ •

[24] سيملر وديلبك / مرجع وموضوع سابقين / تناغو / ص ١٩ / بند ٦ •

والمهم أنه على هدى التعريف الوارد بالمادة ٧٧٢ مدني يمكن أن نستخلص أهم خصائص الكفالة [٢٥]

ثانياً- خصائص الكفالة :

١- الكفالة عقد ضمان Contrat de garantie

١٤- وتفسير ذلك ، أن الكفالة، تقوم أصلاً على تعدد المدينين " دون أن يكون ذلك تضامناً فيما بينهم " بحيث تخول الدائن حق الضمان العام ، ليس فقط على أموال مدينه ، كما هو الشأن في أحكام الضمان العام ، وإنما كذلك على أموال الكفيل فتعتبر لذلك، عقداً من عقود الضمان الخاص ٠

٢- الكفالة عقد رضائى C. Consensuel

١٥- تنعقد الكفالة بتراضى الطرفين ، الدائن، والكفيل من دون اشتراط أى شكل خاص رغم النص في المادة ٧٧٣ مدني على أن الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة لأن الكتابة وفقاً لها ليست شكلاً للعقد ضرورياً لانعقاده بل هى وسيلة لإثباته ٠ وعليه، يخضع إثبات الكفالة للقواعد العامة في الإثبات ومع ذلك فإن الكفالة لا تفترض ، بل يجب التعبير عنها صراحة من قبل الكفيل وقد تواتر قضاء محكمة النقض على

[25] قاموس قانون الأعمال – ط – الكفالة / ص ٤١٤ – ويمكن أن تقترن الكفالة كتأمين شخصى ، بالتأمينات العينية ، عندما يكفل شخص ، المدين إنما في حدود مال معين يمكن للدائن التنفيذ عليه إذا أعسر المدين الأصلى – المرجع السابق رقم ٣٦ ٠

أن في إثبات الرضاء بالكتابة ضمان كاف لجعله صريحا [٢٦] ٠ وأن الكفالة فى بيوع السيارات بالتقسيط يجب أن تكون مكتوبة ، وصريحة وموقعة [٢٧] .

٣- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد C. Unilateral

١٦- الكفالة ، عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل ، الذي يلتزم قبل الدائن بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين ٠ بينما لا يلتزم الدائن قبل الكفيل ، ومع ذلك فقد يلتزم الدائن بالتزام مقابل الكفيل ، كأن يلتزم مثلاً بدفع مبلغ من النقود للكفيل مقبل تحمله الضمان ، أو غير ذلك ، فتكون –عندئذ – ملزمة للجانبين ٠ إنما لا يغير من طبيعة الكفالة ، على أنها عقد ملزم لجانب واحد أن يتقاضى الكفيل مقابلاً من المدين ، لأن الأخير ليس طرفاً في عقد الكفالة ، كمنا قدمنا [٢٨] ٠ وإذا نشأت للكفيل أية حقوق قبل المدين ، فلا يغير ذلك أيضاً من اعتبار الكفالة عقداً ملزماً لجانب واحد ٠ فهذه الحقوق تجد مصدرها ليس من عقد الكفالة ذاته ، بل من عقد آخر بين الكفيل ، والمدين ، أو من قواعد الفضالة أو الإثراء بلا سبب.

---

[26] قاموس قانون الأعمال – ط – الكفالة / ص ٤١٤ – ويمكن أن تقترن الكفالة كتامين شخصي ، بالتامينات العينية ٠ عندما يكفل شخص ، المدين ، إنما في حدود مال معين يمكن للدائن التنفيذ عليه إذا أعسر المدين الأصلي – المرجع السابق رقم ٣٦ .

[27] بينما ترك التقنين المدني الفرنسي م " ٢١٥ " إثبات الكفالة للقواعد العامة – سيملر ، وديلبك / ص ٤٢ / بند ٣٣ ٠ فنصت م ٢١٠٥ مدني على ما يأتي :

"Le Cautionnement ne se presume' Point il doit etre exprie's "

وانظر- نقض مدني / ٣٠ مارس ١٩٩٤ / دالوز ١٩٩٤ / مختصراً / ص ١٠٢ .

[28] وجمال زكى / ص ٣٤ / بند ١٦ – والتزام الكفيل منجز ينشأ بمجرد انعقاد الكفالة ، ويحل بمجرد حلول الدين الأصلي ٠

كذا، لا يغير من طبيعة الكفالة ، كعقد ملزم لجانب واحد ، وقوع التزامات عدة على عاتق الدائن ، ومن ذلك التزامه بالمحافظة على التأمينات التى تضمن الوفاء بالدين المادة ٧٨٤ مدني ، والتزامه باتخاذ الإجراءات في مواجهة المدين بمجرد إنذار الكفيل له باتخاذها المادة ٧٨٥ مدني والتزامه بالتقدم بالدين في تفليسة المدين المادة ٧٨٦ مدني والحقيقة أن هذه شروط ، بغيرها لا يتسنى للدائن الرجوع على الكفيل بالالتزام المكفول[٢٩] فتبرأ ذمة الكفيل[٣٠] .

٤ - الكفالة عقد التبرع C. de bienfaisance أو معاوضة C. oneral

١٧ - فالكفيل يلتزم قبل المدين عادة بدون مقابل ، على أن التطور المعاصر قد أثر في الصفة التبرعية للكفالة ، خصوصاً الكفالات البنكية ، بوصفها من العمليات المصرفية ، أو من وظائف البنوك التى لا تقوم بدون مقابل ، ومن ثم يصبح العقد معاوضة [٣١] .

وعلى أية حال ، فتقرير ما إذا كانت الكفالة تبرعاً ، أو معاوضة ينظر فيه إلى طرفيها ، وهما الدائن والكفيل ، فإن التزم الكفيل قبل الدائن من دون مقابل

---

[29] وحملا على سبب آخر ، منصور / ص ١٣ / بند ٧ – وعبد الحى حجازى / النظرية العامة للالتزام / ١٩٥٤ / القاهرة / ص ٩١ ، وبعدها ، فيما أشير إليه في جمال زكى / ص ٣٤ هـ (٤) – وانظر سيملر وديليك / ص ٤٢ / بند ٣٣ – وسبب آخر في رمضان أبو السعود / التأمينات الشخصية والعينية / منشأة المعارف / ١٩٩٤ / ص ٣٥ – ورأى آخر في مرقس / ص ٩ / بند ٨ .

[30] العبارة التى تصدرت المادتين ٧٨٤ و ٧٨٥ مدني .

[31] وقرب، نقض فرنسى تجارى ٢٥ مارس ١٩٩٥ . بلتان مدني – ٤ – رقم ١١٤ – وتفاصيل في تيستو / الكفالة التبرعية – الأسبوع القانونى / ١٩٨٨ / طبعه الموثقون / ١/ رقم ٧٠٣ – والطابعة العامة من نفس المرجع /١/ رقم ٣٣٧٧ . ونقض مصرى ١٩٣٧/٤/٧ / الموسوعة الذهبية / ج ٨ / ص ٦٩٣ .

اعتبرت الكفالة ، تبرعاً ، فغذا التزم الدائن بإعطاء الكفيل مقابلاً، كانت الكفالة معاوضة أما علاقة الكفيل بالمدين، فهى عنصر خارج عن طرفى العقد ، فلا ينظر إليها لإطفاء صفة التبرع ، أو المعاوضة على الكفالة .

وأخيراً فإن اعتبار الكفالة تبرعاً أو معاوضة ، يرتب آثار التفرقة بين هذين النوعين من العقود، سواء فيما يتعلق بالأهلية التى يلزم توافرها في الكفيل ، أو في دعوى عدم نفاذ التصرف ، القانونية ٠٠٠الخ .

٥- الكفالة عقد تابع C. accessoire

١٨- ذلك أن التزام الكفيل ، تابع لالتزام المدين الأصلى " الالتزام المكفول" بمعنى أن المدين إذا لم يقم بالوفاء بالدين تكفل به الكفيل . وعليه ، لا تقوم الكفالة بذاتها ، بل تقوم تابعة لالتزام أصلى ، تضمن الوفاء به للدائن ، إذا لم يقم به المدين[٣٢] والتبعية ، أهم خصائص الكفالة ، ويترتب عليها عدة نتائج مهمة هى:

---

[32] سيملر وديلبك / ص ٣٥ / بند ٢٧ – وبند ٢٠٠ – والمادة ٢٠١١ مدني فرنسى – وقد أشرنا بأن الضمانات المستقلة ومنها الضمان لأول طلب ، فإن الضامن بعكس الكفيل يضمن الدين بصفة أصلية وهذه الضمانات تتقسم إلى أقسام عدة في ذلك رسالة آنسل (ب) التأمينات الشخصية غير التبعية في القانون الفرنسى ، والقانون المقارن – رسالة ديجون / ١٩٨١ خاصة المقدمة ومنها خطاب النوايا وفيه يظهر الغير إرادته ، ليس بالوفاء بالتزام المدين ولكن القيام بكل ما يلزم لدفع المدين إلى الوفاء ومثل هذا الضمان يوصف بأنه التزام بعمل من ذلك سيملر ، وديلبك / بند ١٨٥ – وأحمد السعيد الزقرد / نحو نظرية عامة في صياغة العقود / مجلة الحقوق/ جامعة الكويت / سبتمبر ٢٠٠١ .

أ- لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً م ٧٧٦ مدني:

١٩- وتفريعاً علىٰ ذلك لا تجوز كفالة الالتزام الباطل ، أياً كان سبب البطلان ومع ذلك يستفاد من نص المادة ٧٧٧ محمولاً على نص المادة ٢/٧٨٢ مدني إذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين وأبطل التزامه ، التزم الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الالتزام المكفول باعتباره مديناً أصلياً • وقد ورد ذلك بخلاف الأصل العام وهو استثناء يؤكد القاعدة ، وهي أن الكفالة لا تكون صحيحة ، إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً ولا ينفيها •

ب- الكفالة تتبع الالتزام المكفول وجوداً ، وعدماً •

٢٠- ومعنى ذلك ، أن التزام الكفيل ينقضي ، بانقضاء الالتزام المكفول ، إذا كان سبب الانقضاء ، الوفاء ،او الوفاء بمقابل ، أو الإبراء ••• الخ •

ج- للكفيل في مواجهة الدائن كل الدفوع التى كانت للمدين الأصلى [٣٣] •

٢١- وقد ورد النص على ذلك صراحة بالمادة ١/٧٨٢ مدني [٣٤] • ومن ذلك الدفع بالتقادم ، والدفع بالتجديد – والمقاصة ، وانقضاء الدين ••• الخ •

---

[33] والمادة ٢٣٦ مدنى فرنسى / وسيملر وديلبك / ص ٣٦ / بند ٢٨ •

[34] ونصها " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ،/ وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين – على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه •

د- التزام ، لا يجوز أن يكون أشد وطأة من الالتزام المكفول

٢٢- ولذا نصت مادة ٧٨٠ من القانون المدني ، بأن الكفالة ، لا تجوز في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول . وتفريعاً على ذلك إذا كان الدين الأصلي معلقاً على شرط ، أو مضافاً إلى أجل ، كان التزام الكفيل كذلك . ولا يجوز إعمالاً لخاصية التبعية أن يلتزم العميل بمبلغ أكبر من الالتزام المكفول " التزام الأصلي " إنما تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أخف .

إنما يثور التساؤل مع ذلك بصدد حكم تجاوز التزام الكفيل الالتزام الأصلي سواء في أوصافه أو في مقداره ؟ وقد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أن الجزاء هو البطلان . والحقيقة أن التزام الكفيل يكون صحيحاً ، إنما في حدود الالتزام الأصلي فقط. وعليه فإنه ينقص إلى ذات حدود الالتزام الأصلي .

وإذا كان التزام الكفيل مجرد التزام تابع للالتزام المكفول فلا يتجاوزه بالزيادة . فإن من الجائز أن يأتي التزام الكفيل اقل من الالتزام المكفول . ومن ذلك مثلاً أن يكفل الشخص جزءاً من الدين فقط – الفقرة الثانية للمادة ٧٨٠ مدني [35] .

---

[35] المقابلة للمادة ٢٠ ش ٣ مدني فرنسي ، ولاحقا / ص ٣٦ / بند ٤٣ / وجمال زكي / ص ٧٣ / بند ٤١ .

٢٣- ولما كان الكفيل يضم ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ الالتزام المكفول – على النحو الذي بسطناه – وإذا كان التزام الكفيل مجرد تابع للالتزام المكفول ، إلا أنه قد يختلف عنه في المصدر ، والمحل ٠

فالتزام المدين قد يكون محله عمل القيام به ، أو الامتناع عن عمل ، أو التزام بإعطاء ٠ بينما التزام الكفيل ، محله الوفاء بالتزام المدين الأصلى ، إذا لم يقم به المدين نفسه ٠

كذا، فإن التزام الكفيل ، وإن كان تابعاً للالتزام الأصلى ، إلا أنه ليس التزاماً معلقاً على شرط واقف ، هو عدم قيام المدين الأصلى بالوفاء بالتزامه بل هو التزام بات ٠ ذلك أن الشرط ، أمر عارض ، يعلق عليه التزام المدين بل إن الأصل أن يكون الالتزام بسيطاً ٠ أما تعليق التزام الكفيل على عدم وفاء المدين بالتزامه ، فأمر جوهرى في عقد الكفالة ٠ لذا، فإن تعليق التزام الكفيل مرده ، خاصية التبعية التى تميز الكفالة عن غيرها من التأمينات[36] ٠

---

[36] أو هو الدور الاحتياطى الذي يقوم به الكفيل عند سليمان مرقس / عقد الكفالة / ١٩٥٩ / ص ٥ – منصور مصطفى منصور / عقد الكفالة / ١٩٥٩ / ص ٨ ٠ ونقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ / الموسوعة الذهبية ج ٨ / ص ٧٠٥ ٠

المطلب الثانى

التمييز بين الكفالة ، والأنظمة القانونية الأخرى

٢٤- الكفالة كما رأينا تقوم على تعدد المدينين بالالتزام دون أن يكون ذلك تضامناً فيما بينهم ٠ بحيث نجد المدين الأصلى ، بجانبه مدين تابع هو الكفيل ٠ ولا يقوم الأخير بتنفيذ الالتزام المكفول ، إلا إذا لم يوف به المدين ٠ وبذا ، تختلف الكفالة عن التضامن ، والإنابة الناقصة ، والتجديد ، والتعهد عن الغير ، وتامين الثقة ، أو الإعسار [٣٧] وذلك على التفصيل الآتى :

١- الكفالة، والتضامن السلبى " بين المدينين "

٢٥- تختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين ٠ فالمدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن [٣٨] بينما التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلى ، بتنفيذ التزامه في مواجهة الدائن ويترتب على هذا نتيجة مؤداها ، أن للكفيل ، بعكس المدين المتضامن ، أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضاع الدائن التأمينات ٠ ويقسط التزام الكفيل إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال مهلة معينة هى ثلاثة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له وإذا لم يدخل الدائن في تفليسة المدين

---

[37] تتاغو / ص ٢٥/ بند ١١- منصور / ص ١١ ، وما بعدها – توفيق فرج / ص ١٣ / بند ٩ رمضان أبو السعود / ص ٤٤ وما بعدها الذي عرض للتفرقة بين الكفالة ، وحوالة الحق والكفيل والوكيل بالعمولة الضامن / ص ٤٨ – والكفالة ، والضمان الناشىء عن تظهير الأوراق التجارية ٠

[38] وذلا، يخرج البعض عن نطاق التأمينات الشخصية ، التضامن بين المدينين بالنظر إلى ان كل مدين يعتبر مسئولاً بصفة أصلية عن الوفاء بالالتزام – همام محمد محمود زهران / التأمينات العينية والشخصية / ١٩٩٧ / دار المطبوعات الجامعية / ص ١٩ ٠

سقط حقه في الرجوع على الكفيل ، بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه من هذه التفليسة ٠

٢ـ الكفالة، والإنابة الناقصة

٢٦ـ الإنابة في الوفاء قسمان : كاملة ، وناقصة مادة ٣٥٩ مدني وبعدها ، ولا وجه للخلط بين الكفالة والإنابة الكاملة ٠ فالكفالة تقوم على تعدد المدينين بالالتزام بينما يترتب على الإنابة الكاملة في الوفاء اختفاء المنيب ليحل محله المناب بحيث لا يوجد أمام الدائن سوى مدين واحد هو المناب ٠ أما الإنابة الناقصة فينشأ بمقتضاها التزام جديد على عاتق المناب إلى جانب التزام المنيب بحيث يجوز للدائن " المناب إليه " الرجوع على مدينين لا مدين واحد [٣٩] وهذا هو وجه التشابه بين الكفالة، والإنابة الناقصة ٠ ومع ذلك يختلف النظامان ، أما وجه الاختلاف بينهما ، أن المنيب بعكس الكفيل ، لا يلتزم بصفة تبعية ، بل بصفة أصلية [٤٠] ويترتب على ذلك نتيجة مهمة مؤداها ، أن المنيب بعكس الكفيل لا يجوز له أن يدفع في مواجهة الدائن بالدفع بالتجريد " أي التنفيذ أولاً على أموال المدين ، بتجريده قبل البدء في التنفيذ على أموال الكفيل ٠

[39] أخذا من النص الوارد بالمادة ٣٥٩ مدني تتم الإنابة إذا اتفق المدين، وأجنبي على أن يقوم بوفاء الدين معه ،أو مكانه ، والأولى تعني الإنابة الناقصة ، والثانية تعني الإنابة الكاملة ٠ وانظر المذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص المذكور٠

[40] سمير تناغو ـ التأمينات الشخصية والعينية / دار المعارف / ص ٢٦ / بند ١١ ـ منصور / ص ١١ / همام / ص ١٩ / هـ (١) ٠

٣- الكفالة والتعهد عن الغير

٢٧- التعهد عن الغير يعنى التزام المتعهد بجعل الغير يلتزم بأمر ما ٠ بينما يلتزم الكفيل بالوفاء بالتزام المدين إذا لم يقم به المدين نفسه ، وبذا، فلا وجه للخلط بينهما [٤١] على أن الكفالة تقترب كثيراً من التعهد عن الغير في حالة ما إذا تخلف الغير عن القيام بتنفيذ الالتزام محل التعهد ٠ حيث يلتزم المتعهد عندئذ بالتعويض وأحد أهم صور التعويض ، قيام المتعهد نفسه بتنفيذ الالتزام ٠ فيقترب بذلك من الكفيل ، كونه ينفذ التزاماً كان المفروض أن يقوم به الغير ٠ والحقيقة أن المتعهد خلاف الكفيل يلتزم بصفة أصلية ٠ وفى التعهد عن الغير ، لا يوجد سوى التزام أصلى واحد بينما الكفالة، تشتمل على التزامين ، الالتزام المكفول، والالتزام الكفيل ، والثانى على ما قدمنا تابع للأول ٠ وأخيراً فإن التزام المتعهد ، بالقيام على تنفي الالتزام مجرد تعويض عن تخلف الالتزام الذي تعهد هو به بصفة أصلية ، بينما جوهر الكفالة الوفاء بالتزام شخص آخر ٠

٤- الكفالة، والتجديد

٢٨- التجديد novation في إحدى صوره أن يحل المدين الجديد محل المدين الأصلى في تنفيذ الالتزام مع براءة ذمة الأخير ، المادة ٣٥٢ مدني ،

---

41 سيملر وديلبك / ص ١٥ / بند ١١ ٠

ومعنى ذلك ، أنه لن يوجد بتجديد الدين أمام الدائن سوى مدين واحد هو المدين الجديد وهى نتيجة تختلف عن الكفالة ، حيث يوجد إلى جانب المدين الأصلى المدين التابع " الكفيل" ٠

٥- الكفالة، وتأمين الثقة، أو الإعسار

٢٩- تأمين الثقة، أو تأمين الإعسار عقد يغطى به دائن مخاطر إعسار مدينه عن طريق التأمين لدى إحدى شركات التأمين " المؤمن " ضد إعسار مدينه ويبدو لأول وهلة أن المؤمن،

في مركز الكفيل ٠ بحيث يوفي بالدين ، إذا أعسر المدين الأصلى ٠ والحقيقة أن المؤمن لا يكفل التزام المدين ، بل يلتزم بالتزام أصلى بدفع مبلغ التأمين إلى الدائن في حالة إعسار المدين [42] ٠

[42] توفيق فرج / أحكام الضمان " التأمين" في القانون اللبناني / ١٩٧٥ / ص ١٤٦ بند ٦٣ وتو يق فرج / مرجع سابق / ص ١٥ – سيملر وديلبك / ص ٣٩ / بند ٣١ ٠

المبحث الثانى

مصادر الكفالة ، وشروط الكفيل

٣٠- تنقسم الكفالة بالنظر إلى مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل إلى كفالة اتفاقية مصدرها العقد المبرم بين الدائن ، والمدين على أن يقوم الأخير بتقديم كفيل للدائن لمنحه القرض ، أو الأجل ، أو الائتمان • وقد يلتزم المدين بتقديم كفيل بنص القانون ، فتكون الكفالة قانونية • ومن ذلك ما ورد بنص المادة ١/٩٩٢ مدني بأنه إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً ، وجب جرده، ولزم المنتفع تقديم كفالة به ضماناً لالتزام المنتفع بالرد عند انتهاء حق الانتفاع [٤٣] • وقد تقرر الكفالة بحكم صادر من القضاء ، فتكون الكفالة قضائية•

وأيا ما كان مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل المدين فإنه يشترط في الكفيل ، أن يكون موسراً ، وأن يكون مقيماً بمصر • وإلا التزم المدين بتقديم تأمين عينى بدلاً من الكفيل [٤٤] أو بتقديم كفيل آخر يتوافر بشأنه شرطى اليسار والإقامة في مصر •

[43] فإن امتنع جاز للقاضى أن يأمر بوضع المال في يد أمين يتولى إدارته لحساب المنتفع • أو أن يتم بيع المال المذكور ، ويوظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولى المنتفع على أرباحها على ما ورد بالنص المذكور •

[44] وانظر – توفيق فرج / ص ١٦ / بند ١٥ – تناغو / ص ٢٩ / بند ١٣ •

٣١- وتبعاً لذلك ، نوزع الدراسة ، على مطلبين : الأول ، في مصادر الكفالة ، والثانى في شروط الكفيل ٠

المطلب الأول

مصادر الكفالة

٣٢- الأصل أن الكفالة – على ما ذكرنا عقد ٠ ولذا فإنها غالباً اتفاقية ٠ والاتفاق يبرم بين الدائن ، والمدين ، بحيث يلتزم الأخير ، بتقديم كفيل لغرض الحصول على الائتمان أو القرض أو أجل السداد ٠٠٠الخ

وقد يكون مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل ، نص القانون وعندئذ توصف الكفالة بأنها قانونية ٠

٣٣- وقد يكون مصدر الكفالة حكم المحكمة فتوصف الكفالة عندئذ بأنها قضائية ٠ وننبه بأن الكفالة لا تكون قضائية إلا إذا تقررت أصلاً بحكم القضاء ٠ أما إذا كانت الكفالة اتفاقية ، أو قانونية، فلا تعتبر قضائية طالما أن مصدرها أصلاً ، هو الاتفاق أو نص القانون ٠

ومن أمثلة الكفالة القضائية ، ما ورد بنص المادة ٢/٨٢٩ مدني بأنه إذا وافقت المحكمة على قرار أغلبية الشركاء في الشيوع ، وهم الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، بإجراء تغييرات أساسية أن تقرر ما تراه من

التدابير ومن ذلك مثلاً ، أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من تعويضات تنشأ عن أخطاء التنفيذ[45] .

وكذا ، ما ورد بقانون المرافعات بأنه يجوز الأمر بالنفاذ المعجل بكفالة ، أو بغير كفالة في الحالات المبينة في نصوصه .

٣٤- ويثور التساؤل، عن أهمية التفرقة بين أنواع الكفالة ؟ ونبادر إلى القول بأنه في الكفالة القضائية والقانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين ، بعكس الحكم في الكفالة الاتفاقية فإن التضامن بين الكفلاء لا يفترض وإنما لابد من الاتفاق عليه صراحة ، وهذه مسألة على جانب من الأهمية فعلى ما سنرى ، إذا كان الكفيل متضامناً مع غيره من الكفلاء ، فلا يجوز له الدفع بالتقسيم أى بعدم رجوع الدائن عليه إلا بقدر نصيبه في الدين، بينما يجوز ذلك للكفيل غير المتضامن .

كذا، فإن الكفيل يكون متضامناً مع المدين إذا كانت الكفالة قانونية، أو قضائية ولذا، يكون للدائن الرجوع عليه أولاً قبل الرجوع على المدين ، والتنفيذ على أمواله قبل تجريد المدين . فإن لم يكون الكفيل متضامناً مع المدين فلا يجوز للدائن ذلك .

---

45 وانظر المذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص . وتفصيلاً جمال زكى / ص ٣٠ / بند ٢٠ .

المطلب الثانى

شروط الكفيل

٣٥- إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ، ومقيماً في مصر أياً كان مصدر الكفالة فإن تعذر ذلك ، التزم المدين بتقديم كفيل آخر أو تأمين عينى كاف – المادة ١/٧٧٤ مدني[46] وهذا الالتزام حق مقرر لمصلحة الدائن وحده وحماية ضمانه[47] وتفسير ذلك أن الكفالة – فيما ذكرنا – تقوم على ضم مدين أو أكثر إلى المدين الأصلى بحيث يكون أمام الدائن أكثر من مدين إن أعسر احدهم ، تكفل الآخر بالوفاء ٠

وعلى ذلك ، فأمر طبيعى اشتراط اليسار فيمن يكون كفيلاً عن المدين والمقصود باليسار ، أن يكون لدى الكفيل أموالاً تفى للوفاء بالالتزام الذى تقدم لضمانه ، وليس من المهم بعد ذلك أن تكون أمواله عقارات، أو منقولات ٠ على أن يسار الكفيل، أو إعساره مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى

46 بينما ورد نص المادة ٢٠١٨ مدني فرنسي- المقابل للنص المذكور ، بأن المدين الملتزم بتقديم كفيل يجب أن يقدم كفيلاً له أهلية التعاقد ، وله من الأموال ما يكفى للوفاء بالالتزامات محل الكفالة ، وله موطن في فرنسا – وانظر سيملر وديلبك / ص ٧٣ / بند ٦٠ ٠

47 ولذا ، يعتبر رخصة للدائن ، له إن شاء استعمالها ، وإن شاء تركها دون أن يعد ذلك منه تنازلاً عن الكفالة / تمييز / ١٩٨٦/١١/٥ / المجموعة / يونيه / ١٩٩٦ / ص ٥٧ / رقم (١) ٠

الموضوع • وعلى المدين إثبات يسار الكفيل إذا ادعى الدائن إعساره [48] وعليه أن يثبت خصوصاً وجود أموال مملوكة للكفيل كافية للوفاء بالتزام المكفول.

وليس للكفيل المعسر أن يتحلل من التزامه قبل الدائن بدعوى إعساره ، والتزام المدين بتقديم آخر بدلاً منه • ذلك أن النزاع حول قيام هذا الالتزام ، وافتقاد الكفيل شرط اليسار المنصوص عليه بالمادة السابقة نزاع بين الدائن، والمدين ولا شأن للكفيل به حيث يبقى التزامه بعد إعساره قائماً ومنتجاً لآثاره • ويكون للدائن عندئذ التنفيذ علي أمواله، كما يكون له إن أفلس التقدم ضمن سائر الدائنين في تفليسته • وتأكيداً لذلك حكم بأن النعى من الطاعنة بأن إعسار الكفيل المحال اليها ، يحول دون حق البنك الدائن فى الرجوع على هذا الكفيل بالدين المكفول يكون على غير سند من القانون •

٣٦- كما يشترط أن يكون الكفيل مقيماً بمصر ولا يشترط أن يكون الموطن العام للكفيل مصر • إنما يكفى أن يكون للكفيل في مصر موطناً مختاراً خاصاً بتنفيذ الكفالة • ويقطع بذلك أن الحكمة من الإقامة بمصر تمكين الدائن من الرجوع على الكفيل إذا أعسر المدين بدون أن تَحمله مقاضاة شخص خارج البلاد ولذا يكفى أن يكون للكفيل موطناً مختاراً • كذا، فإن اشتراط إقامة الكفيل

---

[48] السنهوري / ص ٣١ / تناغو / ص ٣١٤ / بند ١٣ .

في مصر يمكن الدائن من مراقبته ومن تتبعه بسهولة • وإذا أعسر الكفيل بعد الكفالة ، أو لم يعد له موطن بمصر ، وجب تقديم كفيل آخر أو تأمين عينى •

ويثور التساؤل ، في الفرض الذى يلتزم فيه المدين بتقديم كفيل اختاره الدائن بنفسه وبعد ذلك أعسر أو نقل إقامته خارج البلاد ، فهل يلتزم المدين بتقديم كفيل غيره ؟ الإجابة بالنفى لأن الدائن اختاره من البداية وكان عليه أن يتحرى الدقة في يساره أو إقامته فإن تخلف شيء من ذلك ، لا يلتزم المدين بتقديم غيره ، وينطبق الحكم المذكور كذلك إذا كان الكفيل قد التزم قبل الدائن دون علم المدين •

الفصل الأول

الفصل الأول

في إبرام الكفالة

تحديد وتقسيم

٣٧- الكفالة، على ما رأينا عقد رضائى ، والرضا المطلوب، رضاء الكفيل والدائن فلا يشترط لذلك رضاء المدين .

كذا، فإن محل التزام الكفيل ، الوفاء بالتزام المدين إذا لم يفى به المدين نفسه، كما يشترط في الدين المكفول أن يكون صحيحاً أو موجوداً ، وأن يكون التزام الكفيل معيناً .

وأخيراً، فإن إثبات الكفالة لا يخرج عن القواعد العامة في الإثبات ولن نعرض لها ، كما أننا لن نعرض للرضا والإثبات إلا في خصوصيات الكفالة فقط [٤٩] .

٣٨- وعليه نقسم دراستنا إلى مبحثين ، الأول عن الرضا في الكفالة ، والثانى محل التزام الكفيل أو " نطاق الكفالة " .

---

[49] ونحيل إلى القواعد العامة في الرضا ، والمحل، لنظرية الالتزام فيما لم يرد بشأنه نص خاص بالكفالة .

المبحث الأول

الرضا في الكفالة

تمهيد:

٣٩- الكفالة على ما قدمنا، عقد رضائى لا يشترط لانعقاده أى شكل خاص ، فيكفى إذن أن يتبادل العاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، بأن يتعهد الكفيل للدائن الوفاء بالتزام المدين إذا لم يفى به المدين نفسه إنما لا يشترط كما قدمنا رضاء المدين ٠

وإعمالاً لنص المادة ٧٣٣ مدني فإن الكفالة لا تفترض، ويجب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً [50] ٠

٤٠- وعليه نتناول بداية ، عدم اشتراط رضاء المدين ، وضرورة أن يكون رضاء الكفيل صريحاً ٠

أولاً- عدم اشتراط رضاء المدين :

٤١- طرفا عقد الوكالة ، هما الدائن ، والكفيل، أما المدين فليس طرفاً في العقد ولذا ، فلا يشترط رضاؤه بها وأخذاً من نص المادة ٧٧٥ مدني ، يجوز

[50] ونحيل بشأن التعبير عن الإرادة ٠ في عقد الكفالة إلى المبادىء العامة حيث لم يفرد المشرع لها أية قواعد خاصة – وهو ما ينصرف كذلك ، إلى سلامة الإرادة ، أما كفالة التزام ناقص الأهلية ، فنعرض له في المبحث الثانى ، المتعلق بمحل الكفالة ، اعتباراً بأن محل التزام الكفيل يجب أن يكون صحيحاً ، ولما كان المسرع قد أفرد قواعد خاصة في كفالة التزام ناقص الأهلية ، فسوف نتناولها في المبحث المذكور – وانظر سيملر وديلبك / ص ٥٦ / بند ٥١ وبعده ٠

كفالة المدين بدون علمه ، كما يجوز أيضاً برغم معارضته وهذا النص محض تطبيق لقاعدة عامة مؤداها جواز أن يكون الوفاء بالدين ممن ليست له مصلحة في هذا الدين ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم معارضته- المادة ٢/٣٢٣ مدني [51] ولما كانت الكفالة ضماناً شخصياً للوفاء بالدين، فإنها تأخذ حكمه ۰ أما النص على جواز الكفالة بدون علم المدين أو رغم معارضته ، وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة يبرره رغبة المشرع في التأكيد على هذه المسألة [52] .

ثانياً- يجب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً :

٤٢- الأصل في التعبير عن الإرادة أن يكون صريحاً، أو ضمنياً ويؤدى تطبيق هذه القاعدة إلى جواز أن يكون رضاء الكفيل ضمنياً ۰ ومع ذلك فقد أثارت هذه المسألة جدلاً في الفقه المصرى فالبعض على تطبيق القواعد العامة خصوصاً ، ولأنه لا يوجد نص يقضى بأن يكون رضاء الكفيل صريحاً [53] والبعض على أن الكفالة تمثل خطورة خاصة بالنسبة للكفيل ، كما أن المشرع

51 ۰۰۰ على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الأجنبى إذا اعترض المدين على ذلك ،وأبلغ الدائن بهذا الاعتراض ۰

52 وعند البعض، للتأكيد على خروج النص عما عليه الرأى في فقه الشريعة الاسلامية التى لا تخول للكفيل الذي ضمن المدين بدون علمه أو رغم اعتراضه الرجوع على الدائن ۰ تناغو / ص ٣٥ ۰

53 فالقاعدة، على ما ورد بالمادة ٩٠ مدني مصرى أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحا ، كما يجوز أن يكون ضمنياً ، إذا لم ينص القانون ، أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً – من هذا الرأى ، جمال زكى في مؤلفين : الوجيز في نظرية الالتزام – سابق الإشارة / بند ٣٧ – والتأمينات الشخصية والعينية / سابق الإشارة / بند ٢٦ وكذا منصور / ص ٢٨ / وما بعدها ۰

عبر عن هذه الخطورة بالنص على اشتراط الكتابة لإثبات الكفالة ، فوجب لذات الحكمة أن يكون رضاء الكفيل صريحاً [54] •

والبعض على أن الشك يفسر لمصلحة المدين فإن أثير الشك حول رضاء الكفيل ، اعتبر غير ملتزم بالكفالة ، وهى ذات النتيجة التى انتهى أنصار الرأى الثانى •

وقد أراد المشرع حسم هذه المسألة بنصه على أن الكفالة لا تفترض ، ويجب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً [55] اعتباراً بأن التزام الكفيل من الالتزامات التبرعية ، فيجب لذلك أن يكون رضاؤه بالكفالة قاطعاً ، أو صريحاً •

وننبه، بأن رضاء الكفيل هو الذي يجب أن يكون صريحاً دون الدائن، الذى يجوز أن يأتى رضاؤه إعمالاً للقواعد العامة صريحاً أو ضمنياً لانتفاء الحكمة التى تقرر لأجلها اشتراط الرضاء الصريح •

---

[54] من هذا الرأى ، مرقس / ص ٧ ، وما بعدها – وتناغو / ص ٣٥ ، وبعدها / بند ١٦ • والكتابة شرط لإثبات التزام الكفيل إعمالاً للمادة ٧٧٣ مدني مصرى •

[55] والنص مأخوذ عن المادة ٢٠١٥ مدني فرنسى ونصها على أن الكفالة لا تفترض ، ويجب أن تكون صريحة ، وانظر سيملر وديلبك / ص ٣٩ / بند ٣١ – اعتباراً بأن التزام الكفيل شديد الخطورة •

المبحث الثانى

" محل التزام الكفيل " ونطاق الكفالة

تحديد:

٤٣- يتعلق التزام الكفيل أصلاً بالوفاء بالدين ، إذا لم يفى به المدين الأصلى ولذا، لا يكون التزام الكفيل ممكناً إلا إذا كان الالتزام المكفول موجوداً ، وصحيحاً. فإن كان الالتزام المكفول " الالتزام الأصلى " غير موجود أصلاً، أو وجد وصدر الحكم بإبطاله ،أو وجد ثم انقضى لأى سبب من أسباب الانقضاء فلا يكون لالتزام الكفيل محل ، ومن ثم يقع باطلاً [56] [57] .

وفى كل الحالات ، فإن محل التزام الكفيل يجب أن يكون معيناً وهو أمر يختلف في الكفالة المطلقة ،عن الكفالة المحددة [58] .

ومفاد ما تقدم أن تناول الالتزام المكفول ينصرف إلى شروطه بينما عرض التزام الكفيل يتعلق به نطاق الكفالة .

٤٤- وسوف نعرض بداية لشروط الالتزام المكفول – مطلب أول ، ثم نطاق الكفالة في مطلب ثان .

---

[56] أما مشروعية المحل ،فمفروضة دائماً ، وإلا كانت الكفالة باطلة بطلانا مطلقا ، ولا نعرض لها ، كما لا نعرض لعموميات محل العقد ، امتفاء بما سبق دراسته عن المحل في النظرية العامة للعقود .

[57] ومن القضاء الفرنسي نقض / تجارى / ١٧ نوفمبر ١٩٨٢ – بلتان مدني – ٤ – رقم ٣٥٧ – ونقض تجارى ١٢ فبراير ١٩٩١ الأسبوع القانونى / ١٩٩١ – ٢ – ٢٠١ تعليق لوفنير .

[58] ونحيل بشأنه إلى القواعد العامة .

المطلب الأول

شروط الالتزام المكفول

٤٥- لا يقوم التزام الكفيل ، ما لم يكن الالتزام المكفول موجوداً ٠ ومع ذلك يجوز كفالة الالتزام المستقبل إذا حدد مقدماً مدى التزام الكفيل – المادة ٧٧٨ مدني ٠ كذا، يجوز كفالة الالتزام الشرطي إعمالاً للقواعد العامة ، وبعكس ذلك لا يجو_ كفالة الالتزام الطبيعي ٠

ولا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً – المادة ٧٧٦ مدني وعليه، لا يجوز كفالة الالتزام الباطل وإن ورد مع ذلك حكم خاص لكفالة التزام ناقص الأهلية – المادة ٧٧٧ مدني وسوف نعرض لوجود الالتزام الأصلي ، وصحته فيما يلي:

أولاً- يجب أن يكون الالتزام المكفول موجوداً

٤٦- يجب أن يكون الالتزام المكفول موجوداً، ومع ذلك يجوز- أخذاً من القواعد العامة كفالة الالتزام الشرطي ، كما تجوز كفالة الالتزام المستقبل إذا حدد مستقبلاً مدى التزام الكفيل – المادة ١/٧٧٨ مدني بينما لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي على التفصيل الآتي :

١- كفالة الالتزام المعلق على شرط

٤٧- طبقاً للقواعد العامة تجوز كفالة الدين الشرطى ، سواء كان الدين المكفول معلقاً على شرط فاسخ، أو معلقاً على شرط واقف • ولم يكتف المشرع بذلك ، بل أورد نصاً خاصاً يجيز الكفالة في الدين الشرطى • وتطبيقاً لصفة التبعية في الكفالة ، فإن كان الشرط المعلق عليه الالتزام المكفول واقفاً تبعه التزام الكفيل في ذلك • فإن تحقق الشرط كان كل من الالتزام المكفول والتزام الكفيل نافذاً، وإن تخلف الشرط زال كل من الالتزامين معاً [٥٩] •

أما إذا كان الشرط المعلق عليه الالتزام المكفول فاسخاً، كان كل من الالتزامين نافذاً قبل تحقق الشرط أما إذا تحقق الشرط الفاسخ، فإن الالتزام المكفول ويتبعه في ذلك التزام الكفيل يزول بأثر رجعى •

٢- كفالة الالتزام المستقبل

٤٨- نصت المادة ١/٧٧٨ مدني على أنه يجوز كفالة الالتزام المستقبل إذا حدد مقدماً مدى التزام الكفيل•

وإذا لم يعين الكفيل مدة لكفالته كان له في أى وقت أن يرجع عنها مادام الالتزام المكفول لم ينشأ على أن يخطر الدائن برجوعه في وقت مناسب [٦٠] •

[59] السنهورى/ ص ٥١ / تناغو / ص ٤٧ / بند ٢٣ – نبيل سعد / ص ٢٧٩ / بند ٢٦٥ (ب) جمال زكى / بند ٣٧ – منصور / ص ٣٧ وما بعدها •

[60] ومن تطبيقات النص ، تمييز ١٩٨٧/١١/١٦ / القضاء والقانون / س ١٥ / ديسمبر ١٩٩٤ / ص ١٤٦ / رقم ٣٩ •

ومفاد النص، ارتباط الكفالة بنشأة الالتزام مستقبلاً ، بحيث إذا لم ينشأ الالتزام أصبحت الكفالة بغير ذات موضوع ٠ وقد قيد المشرع كفالة الدين المستقبل بقيدين الأول، لا يجوز كفالة الدين المستقبل إلا إذا حدد الطرفان مقدماً مدى الالتزام الكفيل والحكمة في ذلك حماية الكفيل الذي يجب أن يكون على بينة من الحد الأقصى الذي يكفله٠ فإن لم يحدد مدى التزام الكفيل مقدماً ، فإن الكفالة، تقع باطلة بطلاناً مطلقاً [٦١]٠

ويضرب الفقه مثالاً على ذلك، بكفالة الاعتماد البنكى لأحد العملاء بمعنى أن البنك يفتح لعميل ما اعتماد محدد القيمة ، ويتعاقد في ذات الوقت مع شخص آخر على ضمان الوفاء بما يسحبه المدين " العميل" من هذا الاعتماد المفتوح على ألا ينشأ دين العميل المذكور إلا من وقت السحب فعلاً ٠ أما قبل ذلك فإنه

[61] السنهورى / ص ٥٢ ٠ وما بعدها – والمذكرة الإيضاحية تعليقاً على م ٧٤٩ مدني / ص ٥٣٨ ٠

لا يعدو أن يكون ديناً مستقبلاً ، والكفالة توجد لضمان هذا الدين عندما ينشأ [62]

[63] .

وكذا، إذا اتفق طرفان على عقد حساب جار بينهما جاز أن يقدم أحدهما كفيلاً للرصيد الذي سيصبح مستحقاً عليه وقت إقفال الحساب .

٤٩- أما القيد الثانى، فقد ورد النص عليه بالفقرة الثانية من المادة ٧٤٩ مدني ومؤداه، حق الكفيل الرجوع في أى وقت في كفالته ، إذا لم يتعين مدة الكفالة . والحكمة من ذلك ألا يظل الكفيل ملتزماً بكفالة الدين المستقبل إلى الأبد . خصوصاً، وأن الالتزام المكفول لم ينشأ إنما يجب على الكفيل في هذه الحالة أن يخطر الدائن برجوعه قبل نشوء الالتزام المكفول وإلا فإنه يظل ملتزماً بالكفالة . وتفسير ذلك ، أن حق الكفيل في الرجوع إذا لم تتحدد مدة الكفالة تقرر حماية له، فوجب لكى يستفيد من الحماية المقررة ألا يكون مقصراً ، بما

---

[62] السنهورى / مرجع، وموضوع سابقين عن مجموعة الأعمال التحضيرية / ج ٥ / ص ٤٥٧ بينما اختلف الفقه ، بصدد إذا ما كان كفالة الدين المستقبل . تعتبر عقداً معلقاً على شرط فالبعض على أنها معلقة على شرط واقف هو وجود الالتزام في ذمة المدين منصور / ص ٣٦ / بند ١٧ – والبعض على أن التزام الكفيل بسيط ، غير معلق على شرط إلا أنه نظراً لصفة التبعية في التزام الكفيل ، فإن نشأة هذا الالتزام يتعلق بنشأة الالتزام الأصلى " المكفول " من هذا الرأى عبد الفتاح عبد الباقى / ص ٩٠ / بند ٤٥ – بينما يرى البعض أن كفالة الالتزام المستقبل محض تطبيق لقاعدة مؤداها ، جواز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا ، م ١٣١ مدني ومعنى ذلك أن محل التزام الكفيل ضمان دين مستقبل ، ولذا، فإن عقد الكفالة يقع صحيحاً . ولكن تنفيه يكون معلقاً على شرط واقف ، هو وجود الالتزام المكفول مستقبلا / ص ٤٦ / بند ٢١ .

[63] كما وردت الإشارة إلى كفالة الالتزام بقانون التجارة في شأن الضمانات العينية، والشخصية التى يقدمها المعتمد له ضمانات لفتح الاعتماد .

يضر بالدائن وليس أدل على ذلك من عبارة النص التى توجب عليه ، إخطار الدائن في وقت مناسب [٦٤] ٠

أما إذا قام الكفيل، بإخطار الدائن، وبرجوعه في وقت مناسب " قبل نشوء الالتزام المكفول " كله، أو بعضه ، فلا يكون بعد ذلك ضامناً لما ينشأ من دين في المستقبل وإذا اخطر الدائن، إنما بعد أن نشأ جزء من الدين ، كان الكفيل غير ضامن إلا لهذا الجزء فقط ، أى دون غيره مما قد ينشأ في المستقبل [٦٥] ٠ فإن نشا الالتزام المكفول كله ، من دون إخطار الكفيل للدائن ، أو قبل الإخطار لم يكن للكفيل ان يتحلل من التزامه بضمان الدين بالكامل ٠

وإعمالاً لما ورد بالفقرة الثانية من المادة ٧٤٩ مدني ، إذا لم يعين الكفيل مدة لكفالته أمكن له الرجوع فيها ٠ وحق الكفيل في الرجوع ، قبل نشوء الدين إذا لم يعين مدة الكفالة هو محض تطبيق لقاعدة عامة مؤداها ، أنه يجوز لأى من المتعاقدين في العقود غير المحددة المدة إنهاء العقد بإرادته [٦٦] شريطة إخطار

---

[64] ولم يرد بالقانون المصرى النص على وجوب الإخطار ، فاختلف الفقه – فالبعض على أنه وجوبى ، رغم عدم النص ، عبد الفتاح عبد الباقى / ص ٨٤ – وقر تناغو / ص ٤٧ / بند ٢١ ، وإن لم يصرح بالوجوب – وجمال زكى / ص ٦٦ / بند ٣٦ والبعض على أنه غير لازم / رمضان أبو السعود / ص ٨٤ - من دون ذكر الحجج ٠

[65] تناغو / ص ٤٦ / بند ٢١ ٠

[66] ومن تطبيقات القاعدة في عقد الإيجار غير محدد المدة – انظر تفصيلا أحمد الزقرد ٠ وفايز الكندرى / عقد إيجار العقارات / ١٩٩٩/ الكويت / ص ٧١ ٠

المتعاقد الآخر ٠ والكفالة غير محددة المدة لا تخرج عن كونها محض تطبيق لهذه القاعدة [٦٧] .

وعلى عكس ذلك إذا كانت مدة الكفالة محددة ، فلا يجوز للكفيل الرجوع فيها ، قبل انقضاء المدة ٠ فإن نشأ الدين خلالها التزم به المدين كضامن [٦٨] وإن لم ينشأ ، برئت ذمة الكفيل لأنه لا يضمن إلا ما ينشأ من الدين خلال المدة المحددة للكفالة [٦٩] .

٣- كفالة الالتزام الطبيعى

٥٠- يقوم الالتزام الطبيعى على عنصر المديونية دون المسئولية ، أى لا يمكن إجبار المدين بالتزام طبيعى على التنفيذ – المادة ٢/٢٨٠ مدني بينما تقوم الكفالة ، على التزام أصلى يجبر المدين على الوفاء به، لذا يجمع الفقه على عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى والقول بغير ذلك يعنى ان التزام الكفيل اشد من الالتزام الأصلى " المكفول " وهو ما لم يقل به أحد ٠ فلا يمكن أن يكون التزام الكفيل مدنياً، والتزام المدين طبيعياً ٠

أما إذا كان كفل الكفيل التزاماً مدنياً ، ثم تحول الالتزام المدني إلى التزام طبيعى ، فإنه أخذاً من صفة التبعية ، يتحول التزام الكفيل إلى التزام طبيعى ٠

67 وانظر مرقس / ص ٥٠ / بند ٢٩ ٠
68 بشرط لا تجاوز هذه الالتزامات الحد الأقصى المتفق علي كفالته ٠
69 تناغو / ص ٤٧ / بند ٢١ ٠

وفي هذا الفرض إذا وفى الكفيل بالدين ، فلا يحق له قانوناً استرداد ما وفاه بالرجوع على المدين الأصلي ٠ لأن الوفاء التزام طبيعي لا يعتبر دفعاً لغير المستحق – المادة ٢٨٢ مدني ٠

أما إذا قدم المدين في التزام طبيعي كفالة إلى الدائن ، فإن ذلك قد يحمل منه على أنه يريد التحمل بالتزام مدني ، أي يتحول التزامه من التزام طبيعي إلى التزام مدني ، وعندها تكون الكفالة جائزة ، لأنها كفالة لالتزام مدني ، إعمالاً لقاعدة ، أن الالتزام الطبيعي، يصلح سبباً لالتزام مدني – المادة ٢٨٣ مدني [70]

ثانياً- يشترط أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً

٥١- إعمالاً لما ورد بالفقرة الأولى من المادة ٧٦٦ مدني ، فإن الكفالة لا تكون صحيحة ، إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً ٠ وتفسير ذلك – فيما قدمنا – أن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول ، والأول لا يكون صحيحاً إلا إذا استند إلى التزام أصلي " الالتزام المكفول " صحيح يدعمه ، ويضمن الوفاء به[71] ٠

70 وإعمالاً لنص م ٢٠٢ المقابلة في القانون المصري منصور / ص ٣٩ وما بعدها – تناغو / ص ٤٩ ٠
71 العبارة حرفياً عن تناغو / ص ٣٩ / بند ١٨ ٠

ويلاحظ بأن المشرع لا يتطلب في الالتزام المكفول سوى أن يكون صحيحاً ، وبذا، لا يشترط في الالتزام المكفول أى شروط تتعلق بمصدره [٧٢] ولا بمحله [٧٣] .

وتطبيقاً لذلك ، يجوز كفالة الكفيل نفسه ، ويسمى الكفيل في الكفالة الجديدة ، كفيل الكفيل، أو المصدق٠ ونص المشرع على أن الكفيل الذي يكفل الكفيل يعتبر في علاقته بالدائن كفيل للكفيل ، وفى علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مديناً أصلياً بالنسبة إليه – المادة ٧٦٥ مدني وفى هذا الفرض ، لا يكون للدائن – فيما سنرى حالاً – الرجوع على كفيل الكفيل ، ويستثنى من ذلك أن يكون كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل فيكون في هذه الحالة ، إعمالاً لمبادىء التضامن لا الكفالة .

٥٢- فإذا كان الالتزام المكفول باطلاً ، أو قابلاً للإبطال ، كان التزام الكفيل بدوره باطلاً ،أو قابلاً للإبطال أى يبطل الالتزام الأصلى ويصح بإجازته [٧٤] . كمحض تطبيق للتبعية التى تعد من خصائص الكفالة الأساسية .

تفسير ذلك أن العقد القابل للإبطال ، كالعقد الصحيح إلى أن يحكم بإبطاله وكالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً بعد الحكم بإبطاله ٠ فإذا ما أصبح العقد الأصلى

[72] فيمكن أن يكون مصدره العقد ، أو الإرادة المنفردة أو الفعل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب .
[73] فيمكن أن يكون محله عملاً ، أو امتناعًا عن عمل ، أو إعطاء .
[74] توفيق فرج / ص ٣١ / بند ٢٩ .

صحيحاً نهائياً • أما إذا طلب المدين إبطال العقد الأصلي وقضى له به فإن التزام الكفيل ينقضى تطبيقاً لخاصية التبعية التى تجيز التزام الكفيل[٧٥] بأثر رجعى شأنه في ذلك شأن الالتزام المكفول • ومع ذلك يثور التساؤل في الفرض الذي تقوم فيه الكفالة قابلة للإبطال ولم يطلب المدين البطلان• هل يكون للكفيل ذلك ؟

الواقع ؛ أن للكفيل أخذاً من المادة ١/٧٥٤ مدني أن يتمسك بجميع الأوجه التى يجنح بها المدين • بما في ذلك قيام المدين بطلب إبطال الالتزام الأصلى بوصفه دفعاً خاصاً بالمدين نفسه [٧٦] على أنه ليس للكفيل أن يتمسك بنقص الأهلية الأخير في مواجهة طلب المدين إبطال العقد لنقص أهليته ففى هذه الحالة لا يكون للكفيل أن يطلب إبطال العقد استناداً لهذا السبب •

كفالة التزام ناقص الأهلية :

٥٣- وقد نص المشرع على حكم خاص بكفالة التزام ناقص الأهلية ، فنصت المادة ٧٧٧ مدني على أنه إذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين وأبطل التزامه ، التزم الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الالتزام المكفول باعتباره مديناً

---

75 المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص م ٧٥٠ / ص ٥٣٨ •

76 فضلاً عن حق الكفيل في التمسك بالدفوع الخاصة به هو – وانظر / تناغو /ص ٤١ / بند ١٩ •

أصلياً[٧٧] ٠ وهذا النص يفترض لتطبيقه بداية أن يكون الالتزام المكفول خاصاً بناقص الأهلية ، فلا يسرى حكم المادة السابقة على الالتزام المكفول المتعلق بعديم الأهلية ٠ وهو أمر بديهى ، لأن التزام عديم الأهلية باطل وبذا، تقع كفالة باطلة بطلاناً مطلقاً Nule et nul effet ٠

كما يشترط أن تكون الكفالة بسبب نقص الأهلية ، أى أن الكفيل والدائن يعلمان بنقص أهلية المدين ويقصدان تأمين الدائن ضد خطر تمسك المدين بنقص أهليته لإبطال العقد وطبقاً لمحكمة النقض ، يتعين أن يكون الغرض من الكفالة ليس مجرد ضمان الوفاء بالالتزام المكفول إذا لم يوف به المدين بل أيضاً تغطية نقص أهلية المدين [٧٨] ٠

والمهم، أنه إذا تحققت الشرائط السابقة فإن الكفيل يلتزم بالوفاء بالدين، إذا تمسك المدين بنقص أهليته ، وحصل على حكم بإبطال التزامه أى أن الكفيل يظل ملزماً بالوفاء برغم انقضاء الالتزام الأصلى٠ وهو يلتزم في هذه الحالة بالتزام أصلى ، وليس باعتباره كفيلاً ٠ وقد اختلف الفقه في تفسير هذا الحكم

[77] وهذا الحكم يكمله ما ورد بالمادة ٢/٧٥٤ ، بأنه ليس للكفيل أن يتمسك بنقص أهلية المدين، إذا كانت الكفالة بسبب ذلك – انظر سابقاً / ص / بند / وفى حمل هذا النص على سابقه في تعزيز حكم صحة كفالة ناقص الأهلية / تناغو / ص ٤٠ بند ١٩ – وتوفيق فرج / ص ٣١ / بند ٢٩ ٠

[78] وتقدير ثبوت علم الكفيل نقص أهلية المدين المكفول وبأن الكفالة كانت بسبب نقص الأهلية – مما تستقل به محكمة الموضوع ٠

فالبعض [79] على أن العقد – في الفرض المطروح – مركب من عقدين: كفالة وتعهد عن الغير • فالعقد ينشأ في الأصل كفالة وآية ذلك ، أن المدين إذا لم يطلب إبطال التزامه قائماً ، وتبعاً له يظل التزام الكفيل قائماً • ونتيجة لذلك، إذا امتنع المدين عن الوفاء وفى الكفيل عنه •

أما العقد الثانى فهو التعهد عن الغير ، وينشأ في حالة تمسك المدين بإبطال التزامه بما يؤدى بالتبعية إلى إبطال التزام الكفيل • فإن التزم المدين بعدم حمل المدين على التمسك بالبطلان لنقص أهليته ، ولم يفلح في ذلك ، فإنه يكون قد أخل بتعهد عن الغير ؟، فيلتزم بالتعويض في مواجهة الدائن ، وخير تعويض في هذه الحالة هو حمله على الوفاء بالدين • أى تنفيذ التزام المدين •

بينما يتجه البعض [80] إلى تفسير حكم التزام الكفيل ، برغم انقضاء الالتزام المكفول لنقص الأهلية بنظرية تحول العقد على سند من القول بأن إبطال الالتزام المكفول لنقص الأهلية يتحول به عقد الكفالة الباطل إلى تعهد شخصى بوفاء دين يعادل الدين الباطل •

---

[79] منصور / ص ٣٤ / عبد الفتاح عبد الباقى / ص ٨٢ – وتوفيق فرج / ص ٣٢ وبعدها الذي اقترب ضمناً من هذا الرأى – وتناغو / ص ٤٣ / بند ١٩ •

[80] ولم يقل بذلك فيما نعلم سوى سليمان مرقس / ص ٤٠/ بند ١٨ بينما اتجه السنهورى إلى أن الكفيل مدين أصلى تحت شرط واقف ، هو عدم قيام المدين الأصلى بتنفيذ الالتزام – ص ٤٩ / وبعدها • والحكم الوارد بالمادة ٧٧٤ مدني ، أو المادة ٢١٧٥ مدني، يمكن أن ينصرف كذلك إلى صور البطلان النسبى الأخرى إنما بنفس الشرائط الواردة •

المطلب الثاني

نطاق الكفالة

٥٤- إذا كان التزام الكفيل ، يتبع الالتزام المكفول في وجوده ، فإن نطاق الكفالة بعد قيامها ، يتحدد على مقتضى الالتزام المكفول ، فيكون تعيين التزام الكفيل مرتبطاً بتعيين الالتزام الأصلي • فعقد الكفالة، يحدد مدى التزام المدين ، من حيث موضوعه، وأطرافه ، ومدته وأوصافه• كما أن الالتزام المكفول يحدد مدى الالتزام الكفيل ونفصل ذلك على النحو الآتي:

أولاً- عقد الكفالة، يحدد مدى التزام الكفيل

٥٥- يتحدد التزام الكفيل من حيث موضوعه ، بعقد الكفالة• فإذا كان الكفيل جزءاً من التزامات المدين ، فلا يسأل إلا عن هذا الجزء ، ولا يسأل عن الجزء الباقي ، وإذا كفل الكفيل فتح اعتماد في حدود مبلغ معين لم يكون ملزماً بضمان ما تجاوز حدود هذا المبلغ •

كما أن الكفالة لا يجوز أن تتعدى شخص المدين " المكفول" ويترتب على ذلك أنه إذا جدد الدين المكفول، بتغير شخص المدين ، فإن الكفيل لا يضمن المدين الجديد إلا إذا رضي بذلك•

وإذا تمت حوالة الدين المكفول إلى شخص غير المدين الأصلي ، فإن الكفيل لا يضمن المدين الجديد إلا إذا رضي بذلك .

وإذا تمت حوالة الدين المكفول إلى شخص غير المدين الأصلي ، فإن الكفيل في الأصل . لا يضمن المدين الجديد ، إلا إذا رضي بذلك ، باتفاق جديد .

أما أن عقد الكفالة، يحدد مدى التزام الكفيل من حيث مدته ، ومعنى ذلك أن الكفالة محددة المدة ، لا يتجاوزها التزام الكفيل المدة المحددة ، كما هو الشأن في الالتزام المستقبل ، لمدة معينة.

ثانياً- الالتزام الأصلي يحدد مدى التزام الكفيل

٥٦- مفاد ذلك ، أن التزام الكفيل لا يجوز أن يتجاوز حدود الالتزام الأصلي ولذا نصت المادة ٧٨٠ مدني على أنه ، لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول ، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل ، وبشروط أهون فيما رأيناه آنفاً[81] .

---

[81] سابقاً / ص ٤٥ / بند ٢٢ .

الفصل الثـانى

الفصل الثانى

آثار الكفالة

٥٧- الكفالة على ما قدمنا ، عقد بين الدائن والكفيل ، يستفيد المدين منها بدون أن يكون مستفيداً من تعهد الغير ، ولا مشترطاً لصالحه في اشتراط لمصلحة الغير • وعليه ، تتحدد آثار الكفالة أصلاً في العلاقة بين الدائن، والكفيل • إلا أن تنفيذ الكفالة ، يرتب علاقة أخرى بين المدين والكفيل كذا، فقد يتعدد المدينون الأصليون متضامنين ، أو غير متضامنين ، وقد يتعدد الكفلاء متضامنين أو غير متضامنين •

وعليه تتحدد آثار الكفالة في علاقات ثلاثية أبعد من مجرد العقد هى العلاقة بين الكفيل ، والدائن ، ثم العلاقة بين الكفيل ، والمدين ، وأخيراً العلاقة بين الكفيل، وبين غيره من الكفلاء •

وسوف نخصص من دراستنا مبحثاً مستقلاً لكل من هذه العلاقات الثلاث •

المبحث الأول

العلاقة بين الدائن، والكفيل

٥٩- تتحدد العلاقة بين الدائن والكفيل بالنظر إلى أن التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول ، وعليه فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل مطالبة المدين الأصلي ، وتخلفه عن الوفاء[82] .

فإذا رجع الدائن على الكفيل أولاً كان للأخير دفع الدعوى بوجوب رجوع الدائن أولاً على المدين الأصلي ٠ ما لم يكن حق الدائن في الرجوع على الكفيل قد انقضى ، كذا، لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن يجرد المدين من أمواله [83].

وأخيراً لا يجوز للدائن ، إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد ولم يبين في عقد الكفالة مقدار كل منهم من الدين أن يرجع على أي واحد منهم بكل الدين وإلا جاز للكفيل الدفع بالتقسيم٠

ومجمل ما تقدم أن للكفيل ثلاثة دفوع قبل الدائن هي الدفع الرجوع والدفع بالتجريد ، والدفع بالتقسيم والأول عند مطالبة الدائن للكفيل والثاني عند التنفيذ

---

82 فإن كان الكفيل متضامناً مع المدين ، لا يكون له على ما سنرى أن يدفع بوجوب الرجوع أولاً على المدين ، ولا أن يطلب تجريد المدين من أمواله وهذه صورة خاصة من الكفالة التضامنية – سيملر وديلبك / ص ١٠٥ / بند ١١٠ .

83 سيملر وديلبك / ص ١٠٦/ بند ١١١ .

على أموال المدين • والثالث، عند تعدد الكفلاء ، على افتراض توافر الشرائط الأخرى •

ومن ناحية أخرى فإن حق الدائن في الرجوع على الكفيل ينقضي بانقضاء التزام الكفيل ، إما لأسباب الانقضاء طبقاً للقواعد العامة [٨٤] أو لأسباب الانقضاء المنصوص عليها في عقد الكفالة •

٦٠- وتبعاً لذلك نوزع الدراسة على مطلبين : الأول ، في دفوع الكفيل قبل الدائن ، والثاني في انقضاء التزام الكفيل •

84 كالوفاء ، والوفاء بمقابل ، والتجديد والإنابة ، المقايضة ، واتحاد الذمة ، والإبراء والتقادم ، واستحالة التنفيذ – ولن نعرض لها •

المطلب الأول

دفوع الكفيل قبل الدائن

ذكرنا بأن للكفيل أن يدفع بالرجوع أو التجريد أو التقسيم ، ولكل شرائطه وآثاره، فيما نعرض له على النحو الآتي :

الفرع الأول – الدفع بالرجوع

نص قانونى ، وتقسيم :

٦١- أخذاً من نص المادة ١/٧٨٨ مدني فإنه " يجب على الدائن إذا لم يرفع الدعوى على كل من المدين والكفيل في وقت واحد أن يرجع أولاً على المدين.

فإن رجع على الكفيل أولاً ، كان للكفيل دفع ذلك بوجوب رجوع الدائن أولاً على المدين .

ومعنى ذلك أنه إذا رجع الدائن على الكفيل أولاً ، كان للكفيل دفع ذلك بوجوب رجوع الدائن أولاً على المدين . ولا يمكن فهم الدفع بالرجوع مستقلاً على خاصية التبعية التى تميز الكفالة عن غيرها من التأمينات [85] .

٦٢- وسوف نعرض بداية لمعنى الرجوع ، وشروطه .

---

[85] انظر م ٧٨٨ مدني ونصها: لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين .

. المحور الأول

المقصود بالرجوع

٦٣- لم يبين المشرع ماهية الرجوع [٨٦] وفيما يراه ، أغلب الفقه أن الرجوع الوارد بالنص ، هو المطالبة القضائية • وتفريعاً على ذلك لا يكفى إعذار المدين بالوفاء، بل يجب على الدائن رفع الدعوى القضائية أولاً على المدين ، ليجوز له بعد ذلك الرجوع على الكفيل • ويحل محل المطالبة القضائية التنبيه بالوفاء إذا كان لدى الدائن سند رسمى قابل للتنفيذ ضد المدين •

كذا، يعتبر رجوعاً، يحق بعده للدائن ، مطالبة الكفيل، تقدم الدائن في تفليسة المدين ، إذا كان قد أفلس وامتنع على الدائن اتخاذ إجراءات فردية قبله [٨٧] ، فإذا لم تتوافر حالة من الحالات السابقة ، ورجع الدائن أولاً على الكفيل كان للأخير دفع المطالبة بوجوب رجوع الدائن أولاً على المدين الأصلى •

والدفع، بوجوب الرجوع أولاً على المدين ، ليس دفعاً موضوعياً لأنه لا يتعلق بوجود ، ولا بانقضاء حق الدائن قبل الكفيل ، كذا فإنه لا يعتبر دفعاً شكلياً

---

[86] فإن كانت الكفالة تجارية ، لا يشترط لرجوع الدائن على الكفيل مطالبة المدين أولا وإنما يكون بالخيار بين مطالبة أيهما ، أو مطالبتهما معاً •

[87] تفصيلاً ، مرقس/ ص ٥٩ / منصور / ص ٥٥ / السنهورى، والفقى / ص ١٠٥، وبعدها تناغو / ص ٦٣ / بند ٢٨ •

، لأن الأخيرة واردة في القانون على سبيل الحصر ولذا، فالراجح أنه دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل استيفاء أحد الإجراءات الضرورية [88] .

ويجوز للكفيل، الدفع بوجوب الرجوع أولاً على المدين ، في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لول مرة أمام محكمة الاستئناف . إنما لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالدفع من تلقاء نفسها [89] لأنه لا يتعلق بالنظام العام وإنما بمصلحة خاصة للكفيل .

المحور الثانى

شروط الدفع بالرجوع

٦٤- وأخذاً من القواعد العامة محمولة على أحكام الكفالة ، لا يجوز للكفيل التمسك بالدفع بالرجوع إلا إذا توافرت الشرائط الآتية :

الأول – أن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع

٦٥- فالقاعدة أنه لا دعوى ، ولا دفع بلا مصلحة فإذا لم يكن ثمة مصلحة للكفيل في الدفع بالرجوع ، أو وجدت مصلحة انقضت لم يكن لكفيل التمسك في الدفع بالرجوع ، من ذلك مثلاً أن يكون المدين الصلى معسراً فعندها لا فائدة

---

[88] قرب، تناغو / مرجع وموضوع سابقين – السنهورى والفقى / ص ١٠٤ مرقس / ص ٦٧ / منصور / ص ٥٥ .

[89] في هذا المعنى السنهورى والفقى / ص ١٠٤ – تناغو / ص ٦٦ / بند ٢٨ / منصور / ص ٥٧ وعكسه / مرقس / ص ٦٨ .

من الرجوع عليه أولاً • وتقدير توافر المصلحة ، متروك أمرها لمحكمة الموضوع•

الثانى – ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين

٦٦- إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فلا يجوز له الدفع بوجوب الرجوع أولاً على المدين فإعمالاً لأحكام التضامن ، يجوز للدائن مطالبة أى من المدينين المتضامنين • وقد طبق المشرع نفسه هذه المسألة في الرجوع على كفيل الكفيل •

فأخذاً من نص المادة ٧٩٧ مدني فإن الكفيل الذي يكفل الكفيل، يعتبر في علاقته بالدائن كفيلاً • وفى علاقته بالكفيل ، كما لو كان هذا الكفيل مديناً أصلياً بالنسبة إليه •

وبما أن الكفيل يعتبر في مركز المدين بالنسبة لكفيل الكفيل • فإن عدم جواز رجوع الدائن على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل الأصلى يتساوى تماماً وعدم جواز رجوع الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين •

وإذا كان من الجائز رجوع الدائن أولاً على كفيل الكفيل إذا كان متضامناً مع الكفيل – المادة ٧٩٧ مدني فيجوز كذلك – قياساً – للدائن الرجوع أولاً على الكفيل المتضامن دون أن يتمسك الأخير بالدفع بوجوب الرجوع على المدين •

وتفسير ذلك أن الكفيل المنضامن ، ليس مديناً احتياطياً كالكفيل غير المتضامن ، وعليه ، لا يجوز له التمسك بالدفع بالرجوع أولاً على المدين ، ومع ذلك، فالتضامن في الكفالة لا يسقط عن الكفيل المتضامن صفة التبعية تماماً ، فمازال يحتفظ لنفسه بعض آثارها • وآية ذلك ما نصت عليه المادة ٤٩٧ مدني ، من أنه يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع تتعلق بالدين، أى التى تؤدى إلى سقوط التزامه ، ومن ذلك – على ما سنرى حالاً – الدفع بإضاعة الدائن التأمينات الأخرى التى تضمن الدين • • •

أو عدم اتخاذ الدائن لإجراءات في مواجهة المدين ، بعد إنذار الكفيل المتضامن له بضرورة اتخاذها • • • [٩٠]

الثالث- ألا يكون الكفيل قد نزل عن الحق في التمسك بالدفع بالرجوع

٦٧- وتفسير ذلك ، فيما قدمنا- أن الدفع بالرجوع أولاً على المدين ، قد تقرر لمصلحة خاصة بالكفيل • فهو لا يتعلق بالنظام العام • وعليه يجوز للكفيل أن ينزل عن حق الدفع بالرجوع صراحة ، أو ضمناً • فيستوى في ذلك أن يكون النزول وقت إبرام الكفالة بينه وبين الدائن، أو حتى بعد انعقادها •

[90] ولذا، فإن الكفيل المتضامن ، أبعد في التزامه من مجرد الكفيل العادى، وأقرب من المدين المتضامن في التضامن السلبي – وفى كل الحالات لا يمكن أن يكون التزام الكفيل ، حتى وإن كان متضامناً مع المدين ، أبعد مدى ، أو أوسع نطاقاً من الالتزام المكفول • وإلا لوجب انقاصه ، أو انتقاصه • على ما رأينا آنفاً / ص ٢١ / بند ٢٢ •

فإذا رجع الدائن على الكفيل أولاً، برغم توافر الشرائط السابقة ، كان للكفيل الدفع بوجوب الرجوع أولاً على المدين ٠ فإن حكمت له المحكمة بعدم قبول الدعوى ٠ فليس معنى ذلك ضياع حقوق الدائن ٠

فقد قدمنا بأن الدفع بعدم القبول لا يمس حق الدائن من حيث الموضوع ٠ وبذا يكون له تصحيح إجراءات الرجوع بمطالبة المدين الأصلي أولاً، أو بالرجوع على المدين ، والكفيل في نفس الوقت ٠

٦٨- وبافتراض نجاح الدائن إما لأنه قد التزم بالترتيب في الرجوع من البداية ، أو كان قد رفع المطالبة القضائية أولاً على الكفيل، فدفع الأخير بضرورة الرجوع أولاً على المدين الأصلي ٠ فأعاد الدائن تصحيح إجراءات الرجوع فإنه يحصل على سند قابل للتنفيذ لكنه لا يستطيع مع ذلك التنفيذ على أموال الكفيل مباشرة إلا بعد تجريده للمدين من أمواله ٠٠٠ وهذا هو الدفع بالتجريد Bénéfice de discussion ٠

الفرع الثانى

الدفع بالتجريد

تمهيد وتقسيم :

٦٩- ذكرنا أنه إذا حصل الدائن على سند قابل للتنفيذ على أموال الكفيل فلا يجوز له مع ذلك التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله . وعليه، فإذا شرع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل أولاً، كان للأخير أن يتمسك بالدفع بالتجريد . وقد يتم ذلك عن طريق الإشكال في التنفيذ أو عن طريق الاعتراض على الإعلان عن البيع عند التنفيذ على العقار . والواقع أن الدفع بالتجريد يقوم على اعتبارات من العدل والملائمة . فالكفيل كما قدمنا ضامن لالتزام المدين الأصلى ، وهو بعكس المدين لا مصلحة له في قضاء لدين وليس من العدل ، والحال هكذا، أن يرى أمواله تنزع من تحت يديه ، بينما أموال المدين باقية في ذمته خصوصاً إذا كان في أموال المدين ما يكفى للوفاء بديونه .

وحتى إذا سلمنا جدلاً بحق الدائن، التنفيذ على أموال الكفيل أولاً فسوف يترتب على ذلك أن الكفيل يرجع فيما بعد على المدين بما دفعه عنه، بما في ذلك التنفيذ على أموال المدين ، ونزع ملكيتها .

ومن الملائم من البداية اختصاراً للوقت والجهد والنفقات أن يقوم الدائن بالتنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل خصوصاً، وأن الدائن لن يضار من ذلك٠ فالهدف " أن يحصل على حقه سواء جاءه ذلك عن طريق التنفيذ على المدين ، أو بالتنفيذ على الكفيل "[٩١] ٠

وعلى أية حال ، فقد نص المشرع على الدفع بالتجريد في المواد من ٢/٧٨٨ إلى ٧٩١ من القانون المدني وحددت المادة ٧٨٩ شروط الدفع بالتجريد ، وبينت المادة ٧٩٠ آثار هذا الدفع ، بينما عرضت المادة ٧٩١ لصورة خاصة للدفع بالتجريد ٠

٧٠ وسوف نعرض بداية لشروط الدفع بالتجريد ثم آثاره، وأخيراً صورة خاصة للدفع بالتجريد وذلك على التفصيل الآتى :

---

[91] سيملر وديليك / ص ١٣٣/ بند ١٣٠ – والمادة ٢٠٢٤ مدني فرنسى ٠

المحور الأول

شروط الدفع بالتجريد

٧١- بعد أن نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٨٨ مدني على أنه لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله نصت المادة ٧٩٣ بأن هذا الدفع غير جائز إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فدل ذلك على أنه يشترط أن يكون الكفيل غير متضامن .

كما يبين المشرع بأن الدفع بالتجريد لا يتعلق بالنظام العام . فنصت الفقرة الثانية من النص المذكور بأنه يجب على الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد وهذا هو الشرط الثانى .

وأخذاً من نص المادة ٧٩١ مدني ، فإن الدفع بالتجريد لا يكون إلا للكفيل الشخصي فلا يتمسك به الكفيل العينى .

وبذا، فإن التمسك بالدفع بالتجريد، يقتصر على الكفيل الشخصي غير المتضامن مع المدين ، إذا تمسك بحقه في الدفع بتجريد المدين أولاً .

أولاً- يشترط بداية أن يكون الكفيل شخصياً لا عينياً :

٧٢- وتفسير ذلك أن الكفيل العينى بعكس الكفيل الشخصي ، لا يسأل عن الدين الذي ضمنه إلا في حدود المال الذي رهنه · بينما يرد حق الدائن بالنسبة للكفيل الشخصي على الضمان العام للكفيل ·

وأخذاً من نص المادة ٢٣٤ مدني فإن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وبذا، يجوز للدائن التنفيذ على أى مال من أموال الكفيل إذا توافرت الشرائط الأخرى ·

ولما كان مركز الكفيل العينى – فيما ذكرنا – أقرب إلى الراهن منه إلى الكفيل، فلا يجوز له الدفع بالتجريد · وهو ما ورد النص عليه بالمادة ١٠٥٠ مدني، إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن منها · ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ··· وهذا النص ورد متعلقاً بالرهن الرسمى ، إلا أنه ينطبق فيما سنرى على الرهن الحيازى[٩٢] ·

---

[92] قرب في القانون المصرى / تناغو / ص ٦٩ / بند ٣٠ ·

ثانياً- أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين :

٧٣- لا يجوز الدفع بالتجريد إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ٠ وقد ورد النص على ذلك بالمادة ٧٩٣ من القانون المدني التى خولت الكفيل الحق في الدفع بالرجوع أولاً على المدين، وحق الدفع بتجريد المدين من أمواله ٠

وتابعت تقول ٠٠٠ وذلك كله ما لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين فدل ذلك على قصر الدفع بالتجريد على الكفيل غير المتضامن ٠

والحكمة من قصر الدفع بالرجوع، أو في الدفع بالتجريد على الكفيل غير المتضامن ، أن معنى ومغزى التضامن لا يتحقق في الواقع إذا خول الدائن الرجوع على أى مدين ، والتنفيذ على أموال أى من المدينين المتعددين٠ والقول بغير ذلك، معناه أن يكون الكفيل المتضامن كالكفيل غير المتضامن بما يمس فكرة التضامن ذاتها عند تعدد المدينين ٠

ونلفت النظر، إلى أن المقصود من التضامن المانع من الدفع بالتجريد، هو التضامن بين الكفيل والمدين الأصلى ٠ أما التضامن بين الكفلاء ، إن تعددوا فلا يمنع أحدهم من التمسك بتجريد المدين فآثار التضامن بين الكفلاء – على ما سنرى حالاً – تقتصر على عدم تقسيم المدين في رجوع الدائن على أى منهم ٠

وأخذاً من نص المادة ٧٩٧ مدني المتعلقة بكفيل الكفيل، فإن الكفيل يعتبر بالنسبة لكفيله مديناً أصلياً • كذا فإن كفيل الكفيل بالنسبة إلى الكفيل الأصلي كفيلاً ، وعليه تسرى في العلاقة بينه وبين الدائن أحكام الكفالة • فإن كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل جاز له أن يدفع بتجريد المدين الأصلي ثم بتجريد الكفيل [٩٣] •

ولما كان الدفع بالتجريد حقاً للكفيل غير المتضامن وحده، يجوز له التمسك به، ما لم يكن قد نزل عن حقه في الدفع بالتجريد •

والتنازل عن الدفع بالتجريد شأنه شأن التنازل عن الحق ، قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً وقت إبرام الكفالة أو بعد ذلك•

ثالثاً- يجب على الكفيل التمسك بحقه في الدفع بالتجريد:

٧٤- سبق أن رأينا أن الدفع بالتجريد لا يتعلق بالنظام العام ، وعليه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها- المادة ٢/٧٨٨ مدني • إنما يثور التساؤل ، بصدد الوقت الذي يجوز فيه للكفيل التمسك بالدفع؟

أجابت المذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص المذكور على ذلك بقولها أنه يجب على الكفيل أن يتمسك بحقه في التجريد عند شروع الدائن في الدفع

[93] وله العديد من الحقوق الأخرى التى لا تخرج عن كونها استعمالاً لحقوق المدين في الدعوى غير المباشرة •

بالتنفيذ على أمواله، سواء عن طريق الإشكال في التنفيذ، أو عن طريق الاعتراض على الإعلان عن البيع عند التنفيذ على العقار ، ويظل له هذا الحق ، بيديه في أى وقت مناسب إلى أن يتم التنفيذ ما لم ينزل عنه صراحة أو ضمناً [٩٤] وتأييداً لما ورد بالمذكرة الإيضاحية فقد أشرنا آنفاً إلى أن رجوع الدائن على الكفيل يمر بمرحلتين ، لكل مرحلة بحسب الأصل دفع خاص بها المرحلة الأولى ، هى مرحلة التقاضى ، والدفع الخاص بها عدم قبول الدعوى لرفعها على الكفيل أولاً وهذا الدفع كما أشرنا يجوز للكفيل التمسك به في أية مرحلة من مراحل التقاضى، وتفريعاً على ذلك ، إذا انتهت مرحلة التقاضى ، وصدر حكم نهائى غير قابل للطعن فيه، لا يكون للكفيل الدفع بعدم القبول في مرحلة التنفيذ فلكل مرحلة دفعها الخاص بها .

أما المرحلة الثانية فهى مرحلة التنفيذ، والدفع المتعلق بها هو الدفع بالتجريد وعليه، فإن الوقت المناسب للتمسك به هو وقت الشروع في التنفيذ ، فإن لم يتمسك به الكفيل في المرحلة الأولى، فليس معنى ذلك سقوط حق الكفيل في التمسك به بشرط أن يبديه في وقت مناسب أى ألا يتأخر إلى درجة يمكن أن يستدل منها عن تنازل التمسك بهذا الدفع ، ولذا أوجبت المذكرة الإيضاحية على الكفيل أن يبدى دفعه بالتجريد في أى وقت مناسب وعلى أية حال، فتقدير

---

[94] المذكرة الإيضاحية .

الوقت المناسب للتمسك بالدفع بالتجريد في مرحلة التنفيذ متروك لمحكمة الموضوع بوصفها من مسائل الواقع .

ويظل التساؤل مع ذلك قائما، هل يجوز للكفيل، التمسك بالدفع بالتجريد من المرحلة الأولى وهي مرحلة التقاضي ؟

٧٦- ذهب البعض إلى الإجابة بالنفي ، وأنه يجب للتمسك بالدفع بالتجريد أن يكون الدائن قد شرع في التنفيذ على أموال المدين [95] .

واتجه البعض الآخر فيما نؤيده إلى أن الدفع بالتجريد ، وإن تعلق بمرحلة التنفيذ لا بالتقاضي فليس ثمة ما يمنع الكفيل ، التمسك بالتجريد في مرحلة التقاضي . فإن حكم للدائن بقبول الدعوى، وتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد فقد يحكم القاضي بإلزام الكفيل بالدين، وبعدم التنفيذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين [96].

[95] من ذلك سليمان مرقس / ص ٧٧، ص ٨٩ ، جمال زكى دروس في التأمينات الشخصية والعينية ١٩٧٥ / ص ١١٥ / الطبعة الثالثة ، ١٩٧٨ / ص ١٦/ بند ٦٠ . أشار في تأييد رأيه إلى عبد الفتاح عبد الباقى / ص ١٤٥ .

[96] من ذلك ، منصور / ص ٨٦ / بند ٤٥ / تناغو / ص ٧٢ / بند ٣٠ .

رابعاً- أن يرشد الكفيل، الدائن لأموال المدين :

٧٧- ورد النص على هذا الشرط بالمادة ٧٨٩ مدني، بأنه إذا طلب الكفيل تجريد المدين ، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ٠

ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل إذا كانت متنازعاً عليها ، أو كانت موجودة خارج مصر ٠

ومغزى النص ، أن الدفع بالتجريد لا فائدة منه ما لم يكون للمدين أموالاً يستطيع الدائن التنفيذ عليها ٠ ويقع عبء الإرشاد إلى هذه الأموال على عاتق الكفيل وعلى نفقته الخاصة ٠

ولا يكفى أن يقوم الكفيل ، بالإرشاد إلى أموال مملوكة للمدين ، بل يجب أن تكون هذه الأموال قابلة للتنفيذ عليها بسهولة وهو شرط لا يتحقق إذا كانت أموال المدين متنازعاً فيها ٠ أو كانت موجودة خارج مصر ٠

كذا، يشترط أن تكون أموال المدين كافية للوفاء بديونه ٠ ومعنى ذلك أنه إذا كانت أموال المدين تفى بجزء من ديونه ، لا يجوز للكفيل الدفع بالتجريد والقول بغير ذلك معناه إلزام الدائن على قبول الوفاء الجزئى ٠ وهو غير جائز بنص

المادة ١/٤٠٦ مدني [٩٧] ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغيره ٠ كذا، فإنه إذا كانت الأموال غير كافية ، فسيضطر الدائن التنفيذ من جديد على الكفيل فتتعدد الإجراءات ، على ما في ذلك من إرهاق للدائن ، لا يبرره وجود الكفيل للدين ٠

٧٨- فإذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه ، فليس ثمة ما يمنع الدائن، التنفيذ على أموال المدين ، والكفيل معاً ٠ بمعنى التنفيذ على أموال المدين بكل الدين، ثم التنفيذ على أموال الكفيل بالجزء المتبقى وليس في ذلك إجبار للدائن على قبول الوفاء الجزئى ٠ طالما أنه ينفذ بكل حقه على أموال المدين غير الكافية، ثم ينفذ بالباقى على أموال الكفيل ٠ أما القول بازدواج الإجراءات على ما فيه من إرهاق للدائن ، وبما ينافى المقصود الأصلى من الكفالة ٠ فنراها – مع البعض – نتيجة طبيعية لتعدد المدينين " المدين الأصلى " و " الكفيل " خصوصاً، وأنه لا يوجد تضامن بينهما [٩٨] ٠

ونلفت النظر بأن المقصود، هو قيمة الأموال وقت إرشاد الكفيل عنها أو وقت نظر النزاع في قيمتها أمام المحكمة على أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير القيمة الصافية ، أى بعد استنزال ما عليها من تكاليف أو حقوق عينية أخرى [٩٩]

[97] ونصها، " لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ٠ وانظر / منصور / ص ٨٧ وما بعدها ٠

[98] منصور / ص ٨٨/ تناغو / ص ٧٥ / بند ٢٠ ٠

[99] المذكرة الإيضاحية ، جمال زكى / ص ١١٧ / بند ٦١ ٠

والمهم، أنه بتوافر الشرائط الأربعة المذكورة ، بأن يكون الكفيل شخصياً لا عينياً ، وغير متضامن وتمسك بالدفع بنفسه في الوقت المناسب وأرشد عن أموال مملوكة للمدين ، غير متنازع فيها موجودة بمصر ، وكافية للوفاء بديونه أتم الدفع بالتجريد آثاره القانونية ٠

المحور الثانى

آثار الدفع بالتجريد

تقسيم:

٧٩- ذكرنا أنه إذا حصل الدائن على سند قابل للتنفيذ ، فإنه لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله – وهذا هو الأثر الأول للدفع بالتجريد ٠

بينما يتمثل الأثر الثانى ، فيما ورد بنص المادة ٧٩٠ مدني بأنه في كل الأحوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين ، تبرأ ذمة الكفيل، بقدر ما تعذر على الدائن استيفاؤه من الدين بسبب عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب ٠

ونعرض لهذين الأثرين – بالتفصيل المناسب – فيما يلى:

أولاً- عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل أولاً:

٨٠- إذا شرع الدائن فى التنفيذ على أموال الكفيل ، بعد الحكم له بذلك، فتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد بطريق الاستشكال في التنفيذ ٠ فإنه يتعين وقف إجراءات التنفيذ ، والفصل في الاستشكال ٠ فإن رأى القاضى أن للكفيل الحق في التمسك بالدفع ، فإن إجراءات التنفيذ تلغى ولا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات جديدة [100] ٠ ومن ذلك مثلاً أن تلغى إجراءات الحجز التنفيذى على منقولات الكفيل، أو أن يلغى حجز ما للمدين لدى الغير ، كما لا يجوز للدائن إجراء المقاصة بين التزام الكفيل ، والتزام آخر في ذمته له [101] ٠ إلا أن وقف إجراءات التنفيذ على هذا النحو لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال المدين كما سنرى حالاً ٠

وقد سبق أن رأينا، بأنه يجوز للكفيل حتى في المرحلة الأولى أى في مرحلة التقاضى، أن يتمسك بالدفع بالتجريد ، فإذا حكم القاضى عليه بالدين ، وقرر في ذات الوقت قبول الدفع بالتجريد، امتنع على الدائن ابتداء التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين ٠

---

[100] جمال زكى / ص ١٢٠ / بند ٦٢ ٠

[101] من هذا الرأى ، السنهورى والفقى / ص ١٢٦ / منصور / ص ٨٩ / تناغو / ص ٧٦ ٠

٨١- وأيا ما كان الأمر سواء تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في المرحلة الأولى فامتنع على الدائن بداءة اتخاذ إجراءات التنفيذ ٠ أو تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد ، بعد شروع الدائن في الدفع بالتنفيذ على أمواله وحكم له بذلك ٠ فإنه يجب على الدائن في الحالتين – أن يقوم بالتنفيذ على أموال المدين ٠ ولا يخرج الأمر عن أحد فرضين :

الأول: أن يكون للمدين أموالاً كافية للوفاء بديونه ، وفى هذا الفرض لا يرجع الدائن بشىء على الكفيل[102] ٠

الثانى : ألا تكفى أموال المدين للوفاء بديونه [103]، وفى هذه الحالة فإن للدائن أن ينفذ بعد ذلك على الكفيل خصوصاً بعد أن قام بتجريد المدين من أمواله فعلاً ، ولا يملك الكفيل عندئذ أن يدفع التنفيذ على أمواله في هذه الحالة ٠

وقد قدمنا بأن منع الدائن التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين لا يمنعه من اتخاذ

الإجراءات التحفظية في مواجهة هذا الكفيل بما في ذلك الحجز التحفظى ، ووضع الأختام على تركته إذا توفى ٠٠٠ الخ [104]٠

[102] تناغو / ص ٧٦ ٠

[103] كان تنخفض قيمة الأموال لتقلبات السوق ، أو إذا قدرتها المحكمة بأكثر من قيمتها أو زاحم الدائن في التنفيذ عليها دائنون آخرون أو غير ذلك ٠٠٠ تفصيلاً- تناغو / ص ٧٦ ٠

[104] يجوز لدائن كذالك أخذ حق اختصاص على عقار مملوك للكفيل باعتباره إجراءاً تحفظياً ٠٠ م ١٠٨٥ مدني مصرى / جمال زكى / ص ١٢٠ / بند ٦٢ ٠

ثانياً- وجوب قيام الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين :

٨٢- طبقاً للنص الوارد بالمادة ٢/٧٨٥ مدني يجب على الدائن أن يبادر لاتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين • وإلا اعتبر مسئولاً أمام الكفيل • والقاعدة ، أن الدائن يتخذ الإجراءات المذكورة على نفقته الخاصة ، وإن أمكن أن يرجع بها فيما بعد على المدين، أو الكفيل• كذا، فإن عليه اتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين في الوقت المناسب على حد تعبير المادة المذكورة • وعليه أن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد • وفى كل الحالات، يقع عبء إثبات تقصير الدائن ، بما في ذلك تأخره عن القيام بإجراءات التنفيذ على عاتق الكفيل، طبقاً للقواعد العامة •

فإذا لم يتخذ الدائن إجراءات التنفيذ ، أو تأخر عن القيام بها اعتبر مسئولاً في مواجهة الكفيل ، وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما تعذر على الدائن استيفاؤه من الدين • ومثال ذلك ، أن يتراخى الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ على المدين ، مما يترتب عليه إعساره • فإن ذمة الكفيل تبرأ في مواجهة الدائن ، بقدر إعسار المدين شريطة أن يثبت الكفيل بأنه كان بالإمكان تلافى هذا الإعسار إذا اتخذ الدائن الإجراءات في الوقت المناسب • أما إذا اتخذ الدائن إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب، وتعذر الحصول على كامل حقه لسبب أجنبى لا يد له فيه، كانخفاض قيمة الأموال لانخفاض القوة الشرائية للنقود ، أو ظهور دائنين

آخرين للمدين، فلا تبرأ ذمة الكفيل إلا بقدر ما استوفى الدائن من أموال المدين ، ويرجع الدائن عليه بالباقي من حقه [105] [106] .

المحور الثالث

صورة خاصة للدفع بالتجريد

٨٣- عرض المشرع لصورة خاصة للدفع بالتجريد . فنصت المادة ٧٩١ مدني على أنه إذا كان هناك تأمين عيني مقرر على مال للمدين ضماناً للدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ، جاز للكفيلْ إذا لم يكن متضامناً مع المدين أن يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو[107].

والواقع أن النص المذكور صورة من الدفع بالتجريد ، في حالة وجود تأمين عيني يضمن الدين ونستند في ذلك إلى الحجج الآتية:

---

[105] قارن . جمال زكي / ص ٢١ / بند ٦٢ .

[106] قرب تناغو / ص ٧٨ / بند ٣١ .

[107] ويرى البعض أنه لا يشترط في هذه الصورة الخاصة أن يكون التأمين واردا على مال مملوك للمدين على خلاف الأصل في الدفع بالتجريد حيث يشترط للتمسك به أن يرشد الكفيل إلى أموال مملوكة للمدين – في هذه المسألة ،، تناغو ص ٧٩ ، بند ٣٢ – " أمر غير مسلم به تماماً في الفقه المصرى – والمذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص صريحة بأن المقصود بالتأمين العيني أن يوجد مال للمدين ، مرهوناً ، أو عليه حق امتياز ضماناً للدين ، فدل ذلك على وجوب المدين للمال الوارد عليه التأمين العيني أما إذا كان التأمين العيني مقرراً على مال للغير ، فإن هذا الغير يكون كفيلاً عينياً لا يجوز للكفيل الشخصي أن يطلب تجريده – المذكرة الإيضاحية ، تعليقاً على المادة ٧٩١ مدني ، وهذه الصورة الخاصة من التجريد ، ليس لها مقابل في القانون الفرنسي- بودرى ، وفال ، ١٠٣٩ – وانظر تناغو / ص ٧٩ / بند ٣٢ ، مرقس / ص ٩٣ / منصور / ص ٩٣ .

- **أنا ما ورد بالنص المذكور لا يتعلق بالبدء أولاً في التنفيذ على أموال المدين عامة ، كما هو الحال في الدفع بالتجريد وإنما تتعلق بالبدء في التنفيذ على التأمين العينى الذي يضمن الدين ٠**

- **ولا يشترط في هذه الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد أن يكون** التامين العينى كافياً للوفاء بالدين ، فحتى " لولم يكن هذا التأمين العينى الذي يضمن الدين كافياً ، فإنه يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد هذا الحق العينى أولاً [108] ٠

٨٤- وعلى أية حال فإنه يشترط للتمسك بهذه الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد ما يلى :

١. أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين ، وهذا الشرط مقرر في الدفع بالتجريد ، بصورته العامة، والخاصة على السواء ٠ وتفسير ذلك أن الكفيل المتضامن مع المدين ليس مديناً احتياطياً ، وإن احتفظ ببعض خصائص المدين التابع ، ولذا، يكون للدائن التنفيذ عليه قبل التنفيذ على المال المثقل بتأمين عينى مخصص لوفاء الالتزام المكفول به٠

[108] المذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص

٢. أن يوجد تأمين عينى مخصص لضمان نفس الدين المشمول بالكفالة والمقصود بالتأمين العينى، أن يوجد مال للمدين ، عقار أو منقول يكون مرهوناً رهناً رسمياً ، أو رهناً حيازياً ، أو عليه حق امتياز ضماناً للدين ٠ ومن ثم يجب استبعاد المال الذي يباشر عليه الدائن الحق في الحبس لا يعتبر تأميناً عينياً [109] كذا، يستبعد من تطبيق النص ، التأمين العينى الذي ينشأ بعد الكفالة ، حيث لا يجوز للكفيل الادعاء بأنه اعتمد على مثل هذا التأمين وقت تعرضه بالوفاء عن المدين ٠

٣. أن يكون التأمين العينى مقرراً على مال مملوك للمدين ٠ وتفسير ذلك أنه إذا كان التأمين العينى مقرراً على مال الغير ٠ فإن هذا الغير يكون كفيلاً عينياً، لا يجوز للكفيل الشخصي أن يطلب تجريده [110] ، بل يجوز فقط التمسك في مواجهته بالتقسيم إذا توافرت شرائطه ، فإذا تقرر التأمين العينى على مال مملوك للمدين، فليس من المهم بعد ذلك أن يكون قد تقرر قبل انعقاد الكفالة ، أو وقت انعقادها ، باعتبار أن هذا التأمين قد اعتمد الكفيل عليه بأن كفل المدين والتأمين العينى موجود ٠

---

109 السنهورى، ص ١٣٠ وما بعدها ،و قرب جمال زكى / ص ١٢٣ / بند ٦٣ ٠
110 عكس ذلك السنهورى / ص ١٣٠ ،منصور / ص ٩٣ ، مرقس / ص ٩٣ ورأى آخر عند تناغو / ص ٨١

وهو ما يحدث إذا تقرر التأمين قبل انعقاد الكفالة أو وقت انعقادها عليه فإن التأمين العينى الذي يتقرر بعد انعقاد الكفالة فلا يكون قد دخل في حساب الكفيل، وقت تعهده لضمان دين المدين [111]٠

٤. وأخيراً، يشترط أن يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن أولاً على المال الذي ترتب عليه التأمين العينى ، وهو شرط لحق التجريد بوجه عام وتفسير ذلك أن الدفع بالتجريد " سواء في صورته العامة أو الخاصة " لا يتعلق بالنظام العام ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها وللكفيل أن يتمسك بهذا الدفع سواء في مرحلة التقاضى ، أو في مرحلة التنفيذ والمهم أنه إذا توافرت الشرائط السابقة ،أمكن للكفيل أن يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العينى قبل التنفيذ على أمواله هو ٠

٨٥- فإذا لم ينجح الكفيل في دفع دعوى الدائن ، أو لم يدفعها بدفع ما ، فحكم عليه بالدين ، أو قام الكفيل بالوفاء مختاراً للدائن ٠ فيجب على الدائن في جميع الحالات السابقة أن يمكن الكفيل من الحلول محله في التأمينات المتعلقة بالدين

[111] تناغو / ص ٨٠ ٠

إعمالاً للمادة ٧٩٩ مدني [112] ويتحمل الكفيل مصروفات نقل هذا التأمين على أن يرجع بها على المدين على ما سنرى حالا٠

الفرع الثالث

الدفع بالتقسيم

نص قانوني:

٨٦- أخذاً من نص المادة ٧٩٢ مدني فإنه – إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد ، وكفلوا نفس الدين ونفس المدين ، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم بالتساوى ما لم يبين العقد مقدار ما يكفل كل منهم ٠ فإذا التزم الكفلاء بعقود متوالية ، كان كل منهم مسئولاً عن الدين كله ما لم يحتفظ لنفسه بحق التقسيم [113] ٠

والمشرع بالنص السابق ، قد حدد شروط الدفع بالتقسيم ، كما بين آثار التقسيم وهو ما نعرض له على النحو الآتى :

---

[112] ونصها" إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين ٠ ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من الدين ٠

[113] والنص يقابله في القانون الفرنسى ، المادة ٢٠٢٧ مدني وانظر كابرياك ، ومولاى / ص ٢٢٧ / بند ٣٢٥ وبعده ٠

المحور الأول

الدفع بالتقسيم

٨٧- أ- يشترط بداية للدفع بالتقسيم ، تعدد الكفلاء ٠ وهو أمر بديهى ذلك، أنه كفل الدين كفيل واحد كان للدائن أن يرجع عليه بكل الدين، بافتراض توافر الشرائط الأخرى ، فلا يجوز لهذا الكفيل ، طلب تقسيم الدين بينه وبين المدين ٠

ب- كما يجب أن يكون تعدد الكفلاء في دين واحد ، فإن اختلفت الديون وكفل كل واحد من الكفلاء المتعددين ديناً مختلفاً ، فلا وجه للدفع بالتقسيم ٠

وتفريعاً على ذلك ، لا يجوز لكفيل الكفيل التمسك بتقسيم الدين بينه وبين الكفيل لاختلاف الدين المشمول بالكفالة – فبينما يضمن الكفيل ، التزام المدين، يضمن كفيل الكفيل التزام الكفيل [114] ٠

جـ - كما يشترط أن يكون الكفلاء المتعددين لمدين واحد ، فإن تعدد الكفلاء ، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم وليس المقصود بالمدين الواحد أن يكون شخصاً واحداً ٠ فإن تعدد المدينون وكانوا متضامنين ، وتعدد

---

[114] أخذا من نص المادة ٧٦٥ / وقرب/ جمال زكى / ص ١٢٥ / بند ٦٣ ٠

الكفلاء وكفل كل منهم المدينين جميعاً فإن شرط وحدة المدين يتحقق وينقسم الدين على الكفلاء [115]،

د – ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم • وتفسير ذلك أن الكفلاء المتضامنين ، يجوز الرجوع على أى منهم بكل الدين إعمالاً لأحكام التضامن ، وبذا لا ينقسم الدين عليهم • فإذا لم يكن الكفلاء متضامنين فيما بينهم ، وكان أحدهم متضامناً مع المدين نفسه • فهل يكون له التمسك بالدفع بالتقسيم ؟ والواقع أن الإجابة عن التساؤل المطروح قسمت الفقه إلى قسمين : فبينما يتجه البعض إلى أنه يجوز لهذا الكفيل المتضامن مع المدين التمسك بالتقسيم ، بحيث لا يسأل عن الدين في مجموعه [116] يذهب البعض إلى عكس ذلك ، فلا يجوز لهذا الكفيل التمسك بالتقسيم كونه متضامناً مع المدين ومؤدى التضامن أن يسأل عن الدين فى مجموعه [117]•

ويشترط أخيراً أن يكون الكفلاء قد كفلوا الدين بعقد واحد • لأن المشرع يتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين فينقسم الدين فيما بين الكفلاء جميعاً • أما إذا كفل كل من الكفلاء الدين بعقد مستقل فإنه لا يكون قد اعتمد على غيره من الكفلاء ، فلا ينقسم الدين بينه وبين

---

115 منصور / ص ٦٠ / تناغو / ص ٨٤ / بند ٣٣ •

116 منصور / ٦١ – كابرياك ومولاى / ص ٢٣٧ / بند ٣٢٥ – وحرافى :
Le benefice de division est supprime par solidarité

117 تناغو / ص ٨٤ / مرقس / ص ١١١ •

غيره . كذا، فقد أثير التساؤل ، بصدد إمكانية وقوع التقسيم بين الكفيل العينى ، والكفيل الشخصي؟ وقد ذهب رأى نؤيده إلى إمكانية التقسيم فيهما على سند من القول أن الأول يكفل الدين بنسبة قيمة العين التى قدمها رهناً ، بينما يتكفل الكفيل الشخصي بكل الدين [١١٨].

المحور الثانى

آثار الدفع بالتقسيم

٨٨- إذا توافرت الشرائط السابقة ، ترتبت آثار الدفع بالتقسيم وتتمثل فيما يلى:

أ- لا يجوز للدائن أن يطالب أى من الكفلاء المتعددين إلا بمقدار نصيبه ، فلا يرجع عليه بكل الدين بل بحصته في الدين فقط .

ب- إذا أعسر أحد الكفلاء، بعد إبرام عقد الكفالة، ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه، فإنه لا يجوز للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على باقى

---

[118] قارن السنهورى بند ٤١

الكفلاء ، بل يتحمل وحده نتيجة هذا الإعسار " وذلك أن الدين ينقسم على الكفلاء من وقت إبرام عقد الكفالة لا من وقت الدفع بتقسيم الدين[119] .

ج- وأخيراً، فإن الدفع بالتقسيم على عكس الدفع بالرجوع ، والدفع بالتجريد يقع بقوة القانون de plein droit[120] وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، من دون حاجة إلى تمسك الكفيل بالتقسيم وأخيراً فان للكفيل التمسك بالتقسيم في أية مرحلة من مراحل الدعوى .

---

119 المذكرة الإيضاحية / تعليقاً على المادة ٧٥٩ مدني / ص ٥٤٢ .
120 إلا أنه ليس من النظام العام ، فيجوز للكفيل التنازل عنه ، فإن تنازل عنه ، فإنه يقترب بذلك من مركز الكفيل المتضامن مع المدين / قرب تناغو ص ٨٤ / بند ٣٣ .

المطلب الثانى

انقضاء التزام الكفيل

وضع المسألة ، إحالة:

٨٩- ينقضى التزام الكفيل بداية بصفة تبعية لانقضاء التزام المدين الأصلى • فقد قدمنا بأن التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول ، فإن انقضى الثانى ، انقضى الأول تبعاً له • ولذا، نصت المادة ٧٨٢ مدني على أنه يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين[121] •

وانقضاء التزام الكفيل بصفة تبعية ينطبق على الكفيل البسيط ، والكفيل المتضامن ، لأن الكفيل المتضامن شأنه في ذلك شأن الكفيل البسيط ، لا يلتزم بصفة أصلية ، فلا يتوم التزامه إلا تابعاً لالتزام المدين• وأخذاً من نص المادة ٧٩٤ مدني ، يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين [122] •

وانقضاء التزام الكفيل تبعاً لانقضاء التزام المدين ، قد يترتب على الوفاء بالالتزام المكفول ، سواء كان الوفاء نقدياً ، أو بمقابل أو على التجديد أو الإنابة

121 ويستثنى من ذلك فيما اشرنا الحالة التى يحتج بها المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، وفيها لا يجوز للأخير أن يحتج بذلك •

122 أى بالدفوع على إطلاقها سواء تعلقت بانقضاء التزام المدين الأصلى أو تعلقت إلى أسباب البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، أو أى سبب لزوال الالتزام •وهو ما يفهم من عبارة النص " دفوع متعلقة بالدين . . . "

، أو المقاصة أو اتحاد الذمة، ، أو الإبراء أو مضي المدة وهي مسائل ترتبط جميعها بالقواعد العامة لانقضاء الالتزام ، بأكثر مما تعتبر أسباباً خاصة لانقضاء التزام الكفيل، في عقد الكفالة[١٢٣] ٠

على أن هناك أسباباً خاصة لانقضاء التزام الكفيل ٠ وتتمثل في إضاعة الدائن بخطئه التأمينات الضامنة للوفاء بالدين ، وعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين رغم إنذار الكفيل بوجوب اتخاذها، وأخيراً عدم دخول الدائن في تفليسة المدين هذه الأسباب الخاصة ،لانقضاء التزام الكفيل ، الأشد ارتباطاً بعقد الكفالة ، وتظهر فيها خصوصية العقد ، ونقتصر في دراستنا على شرح كل منها في فرع مستقل ٠

---

[123] ونحيل بشأنها إلى المؤلفات المتخصصة في أحكام الالتزام ٠

الفرع الأول

إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن

نص قانونى، تعليق:

٩٠- نصت المادة ٧٨٤ على أنه تبرأ ذمة **الكفيل** بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات٠

والمقصود بالضمانات في النص كل تأمين يخصص لضمان الدين سواء كان تأميناً اتفاقياً كالرهن أو قانونياً كحقوق الامتياز ٠ وسواء تقرر التأمين قبل الكفالة ، أو بعدها[124] ٠ وسواء كان الكفيل متضامناً، أو غير متضامن ٠ والحكمة من النص ، أن الكفيل مدين احتياطى [125] يجوز له إذا أوفى بالدين أن يحل محل الدائن فيما له من الحقوق بما في ذلك ما للدائن من ضمانات ٠ فإن أضاع الدائن هذه الضمانات التى اعتمد عليها الكفيل ، كان من حق الكفيل أن تبرأ ذمته بقدر ما أضاع الدائن من التأمينات ٠ باعتبار أن الأخير قد أضاع على الكفيل فرصة في استيفاء حقه الذي حل محله فيه ، وليس ثمة جزاء أكثر

---

[124] تمييز ١٩٨٧/٤/٢٢ / مجلة القضاء والقانون / س ١٥ / أكتوبر ١٩٩٤ / ص ٢٧٠ / رقم ٧٦ ٠٠ وتأسيس ذلك ، جمال زكى / ص ٩٨ / بند ٥٣ ، تعليقاً على نص م ١/٧٨٤ مدني مصرى ٠ ونقض ١٩٣٣/٢/٢ / المحاماة / س ١٣ / ص ٨٥٧ فيما أشار إليه مرجع وموضوع سابقين / هـ (١٢) ٠

[125] فالحكم الوارد بالنص لا ينطبق على المدين المتضامن /* منصور / ص ٧٤ / هـ (١) ٠ تناغو / ص ٩٠ ٠ بعكس الكفيل العينى يجوز له ٠ في الرأى الراجح ٠ الإفادة من النص ٠

ملائمة في هذا الشأن – من براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما أضاع الأخير من تأمينات [126] بشرط أن يتوافر ما يأتي:

١- لا تبرأ ذمة الكفيل قبل الدائن بقدر ما أضاع الأخير من التأمينات إلا إذا وقع ذلك بخطأ من الدائن كأن يبرىء ذمة أحد الكفلاء مثلاً أو ينزل عن رهن ترتب لمصلحته ، أو أن يهمل في تجديد قيد هذا الرهن[127] . أو أن يهمل في المحافظة على المنقول المرهون رهناً حيازياً ، فلا يطالب باسترداده إذا خرج من حيازته رغم إرادته أو دون علمه أو أن يهمل في استئناف الحكم الصادر بإلغاء الرهن [128] .

ويلاحظ أن خطأ الدائن الذي تسبب في ضياع التأمينات قد يتمثل في عمل قانونى كما في الأمثلة السابقة وليس ثمة ما يمنع أن يكون نخطأ الدائن متمثلاً في عمل مادى ، يترتب عليه ضياع التأمينات كأن يقوم الدائن بأعمال تؤدى إلى هلاك الشيء محل التأمين، كلياً أو جزئياً . ويفهم من صياغة النص السابق أنه إذا ضاعت التأمينات بفعل يعزى إلى الغير ، أو قوة قاهرة، أو بفعل الكفيل نفسه أو لفعل المدين ، فلا تبرأ ذمة الكفيل ، وبعبارة أخرى لا يجوز له أن يدفع بإضاعة التأمينات فليس ثمة خطأ يمكن نسبته إلى الدائن .

---

126 السنهورى / ص ٣٤٣/ تناغو / ص ٨٩/ بند ٣٦ . المذكرة الإيضاحية / تعليقاً على المادة . مرجع وموضع سابقين .
127 المذكرة الإيضاحية .
128 وأمثلة أخرى في جمال زكى / ص ١٠٢ ، وبعدها / بند ٥٣ . وتوفيق فرج / ص ٥٧ / بند ٦١ .

٩١ - فإذا ضاع التأمين الضامن للدين بخطأ مشترك بين الدائن ، والكفيل، فهل يحوز للأخير المطالبة ببراءة ذمته بقدر ما ضاع من تأمينات ؟ الواقع أن المسألة خلافية في الفقه ، فالبعض على تطبيق القواعد العامة في هذا الخصوص ، ومؤداها، توزيع عبء التعويض على المشتركين في الخطأ، فيكون الدائن مسئولاً بقدر مساهمته في الخطأ، وللكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في هذه الحدود[١٢٩] والبعض على أنه لا يجوز للكفيل أن يطالب ببراءة ذمته بقدر ما ضاع من تأمينات إذا كان قد ساهم نفسه بخطئه في إضاعة هذه التأمينات حتى وإن نسب خطأ الدائن في هذه الحالة وذلك على سند من القول أن القواعد العامة للمسئولية لا تنطبق في هذا الخصوص، لأننا بصدد قاعدة خاصة تقرر براءة ذمة الذميل مراعاة لمصلحته[١٣٠] ، وهو رأى نؤيده، لسلامة مبرراته حيث لا تنطبق القواعد العامة إذا وجد نص خاص يقيدها ، فلا يتأذى الكفيل من عمل اشترك في وقوعه ، أو على الأقل كان يمكن تلافيه ، وعلى أية حال فقد استقر قضاء التمييز على أن خطأ الدائن المؤدى إلى إضعاف التأمينات للدين المكفول من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها مادامت قد أقامت قضاء على أسباب سائغة تكفى لحمله [١٣١] ،

129 من هذا الرأى مرقس / ص ٧٤ ، توفيق فرج / ص ٥٨ / بند ٦١ ،
130 السنهورى / ص ٢٤٥ / بند ١٠٣ / تناغو / ص ٩٤ / بند ٣٧ ، جمال زكى / ص ١٠٤ / بند ٥٣ ،
131 جمال زكى / مرجع وموضع سابقين

٢- أن يكون الدائن قد أضاع تأميناً خاصاً يضمن نفس الدين المكفول سواء كان تأميناً اتفاقياً كالرهن الرسمى ، والرهن الحيازى ، أو تأميناً قانونياً ، كحق الامتياز • ولا يشترط أن يكون هذا التأمين قد تقرر وقت انعقاد الكفالة ، أو قبل ذلك • بل ينطبق الحكم ولو تقرر التامين بعد انعقاد الكفالة [١٣٢] •

- وإنما يشترط أن يكون التأمين خاصاً على النحو الذي بسطناه ، وتفريعاً على ذلك، إذا اقتصر خطأ الدائن على إضعاف حقه في الضمان العام ، فإن الحكم الوارد بالمادة ٧٨٤ مدني لا ينطبق • ولا يغير من ذلك أن يكون إضعاف الحق في الضمان العام مرده، خطأ الدائن، أو إهماله [١٣٣] •

كذا لا تبرأ ذمة الكفيل إذا منح الدائن للمدين أجلاً ، ما لم يثبت أن منح الأجل ترتب عليه سقوط ضمان خاص، كالحق في الحبس المقرر للبائع فهو يسقط أخذاً من نص المادة ١/٤٥٩ مدني [١٣٤] إذا منح المشترى أجلاً للوفاء بالثمن [١٣٥] •

٣- وأخيراً ، يجب على الكفيل أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من عمل الدائن • والضرر يتحقق في حالتنا في كل مرة يكون فيها التأمين الذي أضاعه الدائن بخطئه ذو قيمة ، ولم يستبدل بغيره • وتفريعاً على ذلك إذا أضاع الدائن ،

---

132 وعلى هذا، تمييز ١٩٨٧/٤/٢٢ / المجموعة / ص ٥٩/ رقم ٥ •

133 ويجوز في هذا الفرض• للكفيل مساءلة الدائن ، إنما طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية •

134 ونصها، إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الأداء في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له وإلا قدم المشترى رهناً أو كفالة هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلاً بعد البيع •

135 تفصيلاً أحمد الزقرد / الوجيز فى عقد البيع في القانون المدني الكويتى / ١٩٨٨ / ص ٢٥٣ / بند ٢٩٢ •

تأميناً غير ذي قيمة ، فلا يجوز للكفيل المطالبة ببراءة ذمته ، إذ لا ضرر من ضياع مثل هذا التأمين • ومثال ذلك أن يكون التأمين الضامن كفالة ، بينما الكفيل معسراً، أو أن يكون التأمين رهناً متأخراً في المرتبة ، بينما الرهون المتقدمة عليه، تستغرق كل المال المرهون •

وليس المقصود بالضرر أن يترتب على ضياع التأمين بفعل الدائن، إعسار المدين ، فلو ظل موسراً حتى بعد ضياع التأمين • فإن ذلك يعتبر ضرراً للكفيل لأنه يقلل من الفرص المتاحة لاستيفاء حقه ويخول له بالتالى الحق في التمسك براءة ذمته ، بقدر ما ضاع من تأمين خاص •

- كذا، يحق للكفيل التمسك ببراءة ذمته قبل الدائن ، بقدر ما أضاع الأخير من تأمينات بخطئه ، ولو بقيت تأمينات أخرى للمدين تكفى للوفاء بالدين ، حملاً على السبب السابق[١٣٦] •

وعلى عكس ذلك إذا كان الدائن قد أضاع بخطأ منه تأميناً لا قيمة له، ولكنه استبدله بغيره، لم يكن للكفيل المطالبة ببراءة ذمته بقدر ما ضاع من تأمين ،

[136] قرب / السنهورى/ ص ٢٤٧ • تناغو / ص ٩٥ / بند ٣٧ / منصور/ ص ٧٧ • مرقس / ص ٧٤ ، وقارن جمال زكى / ص ١٠٥ / بند ٥٣ •

ذلك أن استبدال تأمين بتأمين آخر ، لا يعتبر ضياعاً في معنى ، أو مغزى المادة ٧٨٤ مدني سالفة الذكر [137].

وإذا استبدل الدائن تأميناً ذو قيمة ، بتأمين آخر لا قيمة لـه ، فإن ذلك، يعتبر في معنى إضاعة التأمينات ، ويحق للكفيل في هذا الفرض أن يتمسك ببراءة ذمته بقدر ما ضاع من التأمين [138].

٩٢- وعلى أية حال ، فإنه يقع على عاتق الكفيل عبء إثبات الضرر الذي أصابه جزاء عمل الدائن ، وعليه خصوصاً إثبات مقدار ما أصابه من ضرر " لأنه هو الذي يطلب براءة ذمته فيكون عليه أن يثبت ما يبرر طلبه [139]" . فلا تبرأ ذمة الكفيل إلا بقدر التأمين الذي أضاعه الدائن.

- أثر إضاعة التأمينات :

٩٣ – والمهم أنه ، إذا توافرت الشرائط السابقة ، يترتب على إضاعة التأمينات براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن . يستوى – في ذلك أن يكون الكفيل متضامناً ، أو غير متضامن .وتفسير ذلك – على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية ، أن من حق الكفيل أن يحل محل الدائن فى ضماناته . فإذا أضاع

---

137 من هذا الرأى تفسيرا للمادة ٧٨٤ مدني مصرى ، منصور / ص ٧٧ / مرقس ص ٧٤ . تناغو / ص ٩٤ / بند ٣٧ . توفيق فرج / ص ٥٨ / بند ٦١ .

138 ولم يرد نص بالقانون على أن يكون ما ضاع من تأمين ذو قيمة ، ولكنه شرط يستنتج من سياق النص .

139 على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص م ٧٨٤ .

الدائن بخطئه هذه الضمانات التي اعتمد عليها الكفيل – كان من حق الأخير ، أن تبرأ ذمته ، بقدر ما أضيع من ضمان [140] .

وعلى الكفيل – في هذا الفرض – أن يتمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاع الدائن من تأمينات . ويكون ذلك غالباً في صورة دفع في مواجهة دعوى الدائن له بالوفاء بالالتزام المكفول [141] على أنه ليس ثمة ما يمنع الكفيل من رفع دعوى مبتدأة في مواجهة الدائن يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته في مواجهته [142] .

- ونلفت النظر بأن استخلاص خطأ الدائن المؤدى إلى إضعاف تأمينات الدين المكفول من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بغير معقب مادامت أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله . وبأن الدفع بإضاعة التأمينات يقتصر فقط على الحالة التي يكون فيها الدائن قد حصل فعلاً على التأمين ، ثم أضاعه . وعليه حكم، بعدم تطبيق نص المادة ٧٨٤ مدني ، لمجرد أن الدائن لم يكتسب تأميناً كان يستطيع أن يكتسبه .

---

140 المذكرة الإيضاحية / تعليقاً على المادة – بتصرف – وسوف نرى حالاً، بأن براءة ذمة الكفيل . في هذا الفرض وغيره . سبب خاص بانقضاء عقد الكفالة وحده .
141 تناغو / ص ٩٥ / بند ٣٨ .
142 من هذا الرأى ، السنهورى / ص ٢٨٤ / منصور / ص ٧٩ / وتناغو / ص ٩٦ / بند ٧٨ .

الفرع الثانى

عدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين رغم إنذار الكفيل

نص قانونى، تعليق:

٩٤- إعمالاً لما ورد بالمادة ٧٨٥ مدني فإنه، لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد علم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين عند حلول أجل الدين ، أو لمجرد تأخره في اتخاذها ٠

- ومع ذلك إذا أنذر الكفيل الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين ، كان للكفيل أن يطلب براءة ذمته إذا لم يقم الدائن باتخاذ هذه الإجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً ٠ ولا يحول دون حق الكفيل في التمسك ببراءة ذمته أن يمنح الدائن المدين أجلاً دون موافقة الكفيل[١٤٣] ٠

- ويستفاد من ذلك ، أنه لا يجوز للكفيل أصلاً ، المطالبة ببراءة ذمته لمجرد أن الدائن لم يتخذ إجراءات ضد مدينه عند حلول أجل الدين ، ولا لتأخر الدائن عن اتخاذ هذه الإجراءات٠

[143] ما لم ينشا عن ذلك أضرار بالكفيل ٠ فطبقاً للقواعد العامة للمسئولية تبرأ ذمة الكفيل في هذه الحالة ، بقدر ما أصابه من ضرر نشأ عن عدم اتخاذ الدائن الإجراءات المذكورة ، أو تأخره القيام بها ٠

- كما أن ليس من الملائم أن يفاجأ الكفيل ، بالمطالبة بالوفاء بالتزام كان قد كفله منذ زمن بعيد • ولذا فحتى لا تظل الكفالة عبئاً ، لأمد طويل على عاتق الكفيل خول المشرع لهذا الأخير، وسيلة لحمايته بتقرير حق له في إنذار الدائن بضرورة اتخاذ الإجراءات ضد المدين • فإذا لم يتخذ الدائن هذه الإجراءات ، خلال ستة أشهر[144] من تاريخ الإنذار كان للكفيل أن يطالب ببراءة ذمته، وقد يكون ذلك في صورة دفع ، أو دعوى مبتدأة •

والمقصود بالإجراءات الواجب على الدائن اتخاذها ، إجراءات الرجوع على المدين ، أى برفع دعوى على المدين للمطالبة بالدين، إذا لم يكن الدين ثابتاً في سند رسمى ، فإن وجد سند رسمى مثبت للدين، فإن الإجراءات الواجب على الدائن اتخاذها ، تكليف المدين بالوفاء، على أن يلحق ذلك اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهته• فإذا اتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانوناً – على النحو الذي بسطناه – خلال ستة اشهر التالية للإنذار ، وسار في اتخاذها بالعناية الواجبة لم يكن للكفيل المطالبة ببراءة ذمته •

- فإذا لم يتخذ الدائن الإجراءات خلال المدة المذكورة من تاريخ إنذاره، أو تأخر في اتخاذها ، أو لم يبذل في العناية الواجبة في اتخاذ هذه الإجراءات ، جاز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في مواجهة الدائن • ما لم يقدم المدين للكفيل

[144] جمال زكى / ص ١٠٨ / بند ٥٤ • توفيق فرج / ص ٥٤ / بند ٥٨ •

ضماناً كافياً وتأكيداً لذلك، حكم بأنه لما كان الطاعن لا يدعى أنه أنذر الشركة المطعون ضدها باتخاذ الإجراءات ضد المدين عند حلول أجل الدين ٠ فإن دفاعه القائم على أن الشركة الدائنة قد تقاعست عن مطالبة المدين بالدين بما تبرأ ذمته يكون غير سديد [١٤٥].

٩٥- بقى أن نوضح أن الكفيل لا يجوز له أن ينذر الدائن قبل استحقاق الدين وإنما وقت استحقاقه ٠ فإذا منح الدائن المدين أجلاً للسداد دون موافقة الكفيل كان للكفيل أن يتجاهل هذا الأجل [١٤٦] وينذر الدائن بوجوب اتخاذ الإجراءات بمجرد حلول الأجل الأصلى ٠ ولا ينطبق ذلك بطبيعة الحال على المهلة القضائية ، التى يمنحها القاضى للمدين ، إعمالاً لنص المادة ٢/٣٤٦ مدني [١٤٧] فلا يجوز للكفيل إنذار الدائن قبل انتهاءها ٠ لأن الدائن لا يستطيع مباشرة الإجراءات قبل انقضاء المهلة القضائية [١٤٨].

---

145 تمييز ١٤ /١/ ١٩٩٠ / مجلة القضاء والقانون / س ١٨ / مايو ١٩٩٦ / ص ٣١ / رقم (٥) ٠

146 وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص بقولها ٠٠٠ ولا يحول دون حق الكفيل في التمسك ببراءة ذمته أن يمنح الدائن المدين أجلاً دون موافقة الكفيل ، ص ٥٤٢ ٠

147 ونصها " على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم " ٠

148 في نفس المعنى تناغو / ص ٩٨ / بند ٣٩ ٠

الفرع الثالث

عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

نص قانوني، تعليق:

٩٦- نصت المادة ٧٨٦ مدني على أنه " إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين أولاً وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل ، بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن "[١٤٩] ٠

- والحكمة من النص أن المدين يمكن أن يتعرض للإفلاس ، فيلحق الكفيل ضرر لأنه ممنوع من الدخول في التفليسة فإن لم يدخل الدائن بذلك في التفليسة ٠ فلا يبقى من حماية للكفيل إلا سقوط حق الدائن في الرجوع عليه بقدر ما يستوفيه لو أنه تقدم بحقه في تفليسة المدين ٠ وبعبارة أخرى فإن إهمال الدائن ، التقدم في تفليسة المدين يترتب عليه ضياع فرصته في استيفاء بعض حقوقه ٠ فلا يجوز له والحال هكذا أن يرجع على الكفيل إلا بما يزيد على القدر الذي كان سيحصل عليه من التفليسة لو أنه دخل فيها، والنص بذلك يشتمل على صورة أخرى لحماية الكفيل ٠

---

[149] انظر في شرح المادة ٧٨٦ مدني مصرى ، تناغو / ص ٩٩ / بند ٤٠ ٠ جمال زكى / ص ١٠٩ / بند ٥٥ – توفيق فرج / ص ٥٥ / بند ٥٨ ٠

ونلفت النظر بأن تمسك الكفيل ببراءة ذمته بقدر الضرر الذي عاد عليه من إهمال أو تقصير الدائن الدخول فى تفليسة المدين ، قد يتم في صورة دعوى ، أو دفع، إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام ، وعليه، لا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ويجوز للكفيل التنازل عنه، وأخيراً، فهو حق يستفيد منه الكفيل المتضامن ، أو غير المتضامن [١٥٠] على السواء .

150 السنهورى / ص ٢٥٧ / بند ١١١ .

المبحث الثانى

العلاقة بين الكفيل ، والمدين

تمهيد وتقسيم:

٩٧- عرض المشرع بالمواد ٧٩٨ إلى ٨٠١ من القانون المدني لعلاقة الكفيل بالمدين ٠ ومؤدى هذه النصوص ، أن الكفيل إذا وفى الدين للدائن فله الرجوع على المدين بما وفاه [151] فالكفيل – كما قدمنا، ليس صاحب مصلحة في الوفاء بالدين ٠ فإن وفى يكون قد وفى لغيره، وحق له لذلك الرجوع على صاحب المصلحة في الوفاء ، وهو المدين [152] ٠

كذا، فقد أوجب المشرع على الكفيل إخطار المدين قبل الوفاء ليتمكن هذا الأخير منعه منه إذا كان المدين قد وفى بالدين ، أو كانت لديه أسباب من شأنها أن تؤدى إلى بطلانه ، أو انقضائه – إعمالاً لنص المادة ٧٩٨ مدني [153] كما خول المشرع للكفيل الموفى الرجوع على المدين بدعوى شخصية ناشئة عن

---

[151] ويمكن للكفيل في هذا الفرض ، الرجوع على المدين ، طبقاً للقواعد العامة للإثراء بلا سبب (المادة ١٧٩) مدني ٠ إلا أن المشرع لم يكتف بتخويل الكفيل حق الرجوع طبقاً للقواعد العامة ، بل منحه حق خاص في الرجوع إما بالدعاوى الشخصية التى لا تخرج فيما سنرى عن الإثراء بلا سبب ، أو بالدعوى العينية " دعوى الحلول " وهى تطبيق محض لقواعد الوفاء مع الحلول، اى فيما إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ؛ فإن لم تتوافر شروط أى من الدعويين " الشخصية ، والعينية " أمكنه الرحوع على المدين إعمالاً لقواعد الإثراء بلا سبب ٠

[152] انظر جمال زكى / ص ١٢٧ / بند ٦٦ / تناغو / ص ١١٠ / بند ٤٩ – منصور / ص ٩٥ / بند ٥١ ٠

[153] فإن كان الكفيل متضامناً مع المدين فإن للدائن أن يطالبه أولاً ومنفرداً بكل الدين ، وللكفيل أن يتمسك قبله بجميع الأوجه التى يتمسك بها قبل المدين وفى حالة مقاضاة الكفيل منفرداً، لا يلتزم الدائن بإدخال المدين خصماً من الدعوى ، وغنما يجب على الكفيل طلب إدخال المدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين في الحالات الواردة بالمادة ٧٩٨ مدني ٠

ذات الوفاء ٠ أى بما أداه من أصل الدين ، وتوابعه ، وبمصروفات المطالبة الأولى – المادة ٨٠٠ مدني ٠ كما يجوز للكفيل الرجوع على المدين بدعوى عينية " دعوى الحلول " فهو بنص المادة ٧٩٩ مدني يحل محل الدائن فى حقه٠

- أما إذا تعدد المدينون في دين واحد ، وكانوا متضامنين فيما بينهم ، فللكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بكل ما وفاه من الدين – المادة ٨٠١ مدني ٠

ونعرض تباعاً لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية – أو بدعوى الكفالة [١٥٤] مطلب أول ، ثم رجوع الكفيل على المدين ٠ مطلب ثان ، وأخيراً رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين ، وغير المتضامنين – مطلب ثالث ٠

---

[154] في / تناغو / ص ١١٢ / وتوفيق فرج / ص ٦٩ / بند ٧٠ / وقارن ، مع ذلك ، جمال زكى / ص ١٢٨ / بند ٦٧ ٠

المطلب الأول

رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية

L'action Personnells

نص قانوني، تقسيم:

٩٨- أخذاً من نص المادة ٨٠٠ مدني فإنه للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين بما أداه من أصل الدين ، وتوابعه ، وبمصروفات المطالبة الأولى ، وبما يكون قد أنفقه من مصروفات من وقت إخطاره المدين بالإجراءات التى اتخذت ضده • ويكون للكفيل الحق في القواعد القانونية عن كل ما قام بدفعه إبتداء من يوم الدفع •

- والمتأمل بالنص المذكور يرى بأنه قد يبين شروط رجوع الكفيل على المدين ونطاق الرجوع بالدعوى الشخصية •

٩٩ – وتبعاً لذلك فإننا نوزع الدراسة في الدعوى الشخصية على فروع ثلاثة ، نعرض في الأول منها لأساس الدعوى الشخصية للكفيل ، وفى الثانى لشروط الرجوع بالدعوى ، وأخيراً، نطاق الرجوع •

الفرع الأول

أساس الرجوع بالدعوى الشخصية

١٠٠ـ نبادر للتنويه – في البداية – بأن أساس الرجوع بالدعوى الشخصية ، مسألة خلافية في الفقه فالبعض على أن أساس رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين ، لا يخرج عن كونه وكالة ، أو فضالة، ففى الحالات التى تكون فيها الكفالة قد عقدت بعلم المدين ودون اعتراضه، يعتبر الكفيل وكيلاً عن المدين في الوفاء ٠ فإذا أبرمت الكفالة ، بغير علمه ، أو رغم معارضته ، فإن الكفيل فضولى وفى الحالة الأولى ، يرجع بدعوى الوكالة ، وفى الحالة الثانية يرجع بدعوى الفضالة [155] ٠

بينما يرى البعض الآخر ، أن الدعوى الشخصية ليست سوى دعوى ناشئة عن عقد الكفالة ، كأية دعوى ناشئة عن أى عقد آخر ٠ وهى دعوى مستقلة ورد النص عليها، بصفة خاصة في عقد الكفالة [156] كما احتج أنصار هذا الرأى على اعتبار الدعوى الشخصية ، وكالة، بالقول بأنه لا يمكن اعتبار الكفيل وكيل عن المدين ، وإلا لأمكنه التناول عن الكفالة في أى وقت يشاء ،بإخطار الدائن بذلك أخذاً من القواعد العامة لعقد الوكالة وهو أمر لا يمكن التسليم به ٠

---

155 من هذا الرأى السنهورى / ج ١٠ / ص ١٦٥ / بند ٦١ ٠ جمال زكى / ص ١٢٨ / بند ٦٧ ٠

156 من هذا الرأى منصور / ص ٩٦ / بند ٥ ٠ تناغو / ص ١١٢ / بند ٤٠ ٠

كذا، لا يمكن اعتبار الكفيل فضولياً ، فالفضالة، تقوم على الاستعجال في العمل الذي يقوم به الفضولي، ولا شيء من ذلك ، في قيام الكفيل بالوفاء عن المدين ناهيك بأن الفضولي ، غير ملزم بالقيام بالعمل بينما الكفيل ملزم بالوفاء ، بمقتضى عقد الكفالة ٠

والذى نلاحظه بهذا الصدد أن القول بأن الكفالة ، تتأسس على الوكالة ، إذا أبرمت بعلم المدين ، أو الفضالة ، إن كانت بغير علمه ، لا يقصد منه سوى تشبيه الكفيل بوكيل، أو الفضولي ٠ وليس القصد تطبيق قواعد الوكالة ، أو الفضالة على علاقة الكفيل بالمدين[157] ٠

كما أن أنصار القول باعتبار رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية ، يستمد أساسه من عقد الكفالة، يسلمون بأن هذه الدعوى تشبه دعوى الوكالة، أو الفضالة وعندنا، أن رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية، شأنه شان دعوى الوكالة والفضالة، أساسه الإثراء بلا سبب في قواعده العامة ٠ وعليه لا نرى فائدة عملية، في تسمية الدعوى الشخصية ، بدعوى الكفالة[158] طالما أنها محض تطبيق للإثراء بلا سبب ٠

157 قرب جمال زكى / ص ١٢٩ / بند ٦٧ ٠
158 السنهورى / ص ١٦٥ / بند ٦١ ٠

الفرع الثانى

شروط الرجوع بالدعوى الشخصية

١٠١ – أ- يشترط بداية لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية، أن يكون الكفيل قد وفى بالدين وهو ما عبرت عنه المادة ٢٧٠ مدني بأن " للكفيل الذي وفى بالدين ... " فدل ذلك – على أنه لا يجوز للكفيل الرجوع على المدين قبل قيامه فعلاً بالوفاء بالدين .

- ويجمع الفقه[١٥٩] على أن للكفيل الرجوع على المدين ، ولو كان قد وفى بجزء من الدين فقط . ولا يتقدم عليه لدائن في استيفاء الباقى له من أموال المدين . فإذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء لهما " للكفيل والدائن " معاً تقاسما هذه الأموال قسمة غرماء[١٦٠] ويشترط لذلك أن تكون الكفالة جزئية " أى عن جزء من الدين " أو يكون الدائن قد قبل من الكفيل الوفاء بجزء من الدين . فإن لم تكن الكفالة جزئية، أولم يقبل الدائن الوفاء بجزء من الدين ، لم يكن للكفيل الذي وفى جزئياً (والغرض أن يلتزم بضمان كل الدين) مزاحمة الدائن

---

[159] السنهورى / ص ١٧٩ / بند ٦٣ / جمال زكى / ص ١٣٤ / بند ٦٧ / تناغو / ص ١١٤ / بند ٥١ – منصور / ص ٩٨ / بند ٥١ – توفيق فرج / ص ٧٠ / بند ٧١ .

[160] وسوف نرى حالاً أن ذلك يعكس دعوى الحلول .

في استيفاء الجزء الباقى وهو ضامن له ٠ أخذاً من قاعدة مؤداها إن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض Qui doit garantie ne Peut evincer [١٦١]٠

أما إذا كان المدين قد وفى بجزء من الدين ، " في الحالات التى يجوز فيها ذلك " ، ورجع الدائن على الكفيل بالباقى ، فوفاه ، فإن ذمة المدين تبرأ نهائياً ، ولا يكون للكفيل الرجوع عليه إلا بنسبة ما وفاه فقط[١٦٢] ٠

ب- أن يقوم الكفيل بإخطار المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين فإذا قاضاه الدائن وجب عليه أن يطلب إدخال المدين خصماً في الدعوى فإن لم يقم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء بالدين ٠ أو قصر في إخطار المدين طرفاً في الدعوى، حتى بعد رفع الدعوى عليه من الدائن بالوفاء سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان الأخير قد وفى الدين، أو كانت لديه أسباب من شأنها أن تؤدى إلى بطلان الوفاء أو انقضائه – المادة ٧٩٨ مدني وتفريعاً على ذلك، إن لم يكن هناك سبب لانقضاء الدين أو بطلانه، ولم يكن المدين قد وفى بالدين ٠ وقام الكفيل بالوفاء بالدين من دون إخطار المدين أو أخطره ، ولكن اعترض المدين على الوفاء بدون إبداء سبب جدى ، فإن من حق الكفيل أخذاً من النص المذكور الرجوع

161 التى تطبق على الحقوق الشخصية، والعينية على السواء، تفصيلاً الزقرد / ص ١٩٤ / بند ٢١٧ ٠
162 وتوفيق فرج / ص ٧٠ / بند ٧١ ٠

على المدين ، برغم عدم الإخطار ، أو برغم من اعتراض المدين ٠ والحكم من ذلك " أن الكفيل وفى بما كان يجب الوفاء به قانوناً [163] " ٠

١٠٢ – وجدير بالملاحظة، أنه لا يشترط لإخطار الكفيل، ولا لاعتراض المدين على الوفاء شكل خاص ٠ وبذا يمكن أن يكون الإخطار بورقة رسمية ، من أوراق المحضرين تعلن إلى المدين في موطنه أو تعلن إلى الكفيل، كما يمكن أن يتم الإخطار ، أو الاعتراض بورقة عرفية، كخطاب مسجل، أو غير مسجل كما يجوز أن يقع الإخطار، والاعتراض شفاهة ويقع عبء إثبات الإخطار على من يدعي، وهو الكفيل، وعبء إثبات الاعتراض على من يتمسك به، وهو المدين ٠

ج- كما يشترط للرجوع بالدعوى الشخصية ، أن يكون أجل الدين قد حل ، فإذا وفى الكفيل قبل حلول الأجل ، لم يكن الرجوع على المدين ، إلا بعد حلوله ٠ وبعكس ذلك يجوز للكفيل الرجوع على المدين بمجرد حلول الأجل حتى ولو كان الدائن قد منح المدين أجلاً جديداً، فالمقصود بالأجل، كشرط للرجوع بالدعوى الشخصية هو الأجل الأصلي الذي ضمن الكفيل الدين عند حلوله ٠

---

[163] السنهوري / ص ١٧١ / بند ٦٢ / تناغو / ص ١١٦ / بند ٥١ / وقرب جمال زكي / ص ١٣١ / بند ٦٧ ٠

وإذا تنازل المدين عن الأجل الأصلي الممنوح له ، استفاد الكفيل من التنازل ، ويجوز له، بالتالي الرجوع على المدين عند حلول الأجل الجديد[١٦٤] .

د- وأخيراً، فثمة شرط ، لم يرد في صريح المادة ٧٧٠ مدني ، وإن أمكن الأخذ به، من مجمل أحكام الكفالة، والحكمة منها ، مؤداه ألا تكون الكفالة قد تمت برغم معارضة المدين، ولا ضد مصلحته وتفسير الشرط ، في شقه الأول، أن الكفالة، إن أبرمت برغم معارضة المدين انتفت المحكمة من الرجوع بدعوى الكفالة ، التي تمنح الكفيل أكثر مما تمنحه له القواعد العامة ٠ بذا، لا يتسنى القول بأن الكفيل قد قدم خدمة للمدين ٠ فلا يكون له إلا الرجوع بدعوى الحلول[١٦٥]٠ أو بدعوى الإثراء بلا سبب في قواعده العامة ٠ ولو أراد المشرع الكويتي- منح الكفيل الرجوع بدعوى الكفالة رغم معارضة المدين، لنص على ذلك صراحة، كما فعل في نصوص أخرى ، أجاز فيها كفالة المدين برغم معارضته – المادة ٧٧٥ مدني وأجاز فيها الوفاء بالدين رغم معارضة المدين – المادة ٢/٣٢٣ مدني ٠ أما وقد سكت المشرع عن إيراد نص ٠في هذه الحالة ، فيفسر السكوت، على عدم الرجوع بدعوى الكفالة، إذا تمت رغم معارضة

---

[164] توفيق فرج / ص ٧٠ / بند ٧١ / تناغو / ص ١١٤ / بند ٥١ ٠

[165] تناغو / مرجع ، وموضع سابقين ، وعليه أغلب الشراح ، مثلاً، مرقس / ١٢٠٢ ٠ ومنصور / ص ٩٧ – ومراجع أخرى من تناغو " سالف الإشارة " ٠ تعليقاً على نص / ١/٨٠٠ مدني مصرى التي تخول الكفيل الذي وفى الدين الرجوع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه ، أو بغير علمه ، بدون الإشارة إلى حالة انعقاد الكفالة " برغم معارضته ٠

المدين ٠ وللأسباب ذاتها ، يرى الفقه في مجمله[١٦٦] ، أنه لا يجوز كذلك الرجوع بدعوى الكفالة، إذا كانت لمصلحة غير المدين ، كأن تبرم الكفالة بعد نشأة الدين مثلاً ، أو تبرم لمصلحة الدائن ٠

الفرع الثالث

نطاق رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية

١٠٣- يكون للكفيل الموفى ، أخذاً من نص المادة ٨٠٠ مدني أن يرجع على المدين بما أداه من أصل الدين ، وفوائده، وبمصروفات المطالبة الأولى، وبما دفعه من مصروفات من وقت إخطاره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده ٠

ويقصد بأصل الدين، جمع ما دفعه الكفيل للدائن لإبراء ذمة المدين ٠ فيشمل لذلك، إلى جانب مبلغ الدين المكفول به المصروفات التى أنفقها الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه ٠ ومن ذلك ما يكون قد أنفقه في الإرشاد عن أموال المدين لتجريدها ٠ ومصروفات الدعوى التى رفعها الدائن على الكفيل٠

ومع ذلك فليس للكفيل أن يرجع على المدين من هذه المصروفات إلا بالذى أنفقه من وقت إخطاره بالإجراءات التى اتخذها الدائن ضده ٠ والحكمة من ذلك

166 مثلاً، منصور/ موضع سابق ٠

أن المدين " إذا اضطره الكفيل بذلك قد يكون لديه من الدفوع ما يتقوى مطالبة الدائن ، أو قد يبادر إلى دفع الدين الذي في ذمته [167] ولا تكون هناك حاجة لمصروفات أخرى ٠

كذا، يكون للكفيل الرجوع بمصروفات المطالبة الأولى، كمصروفات رفع الدعوى عليه من قبل الدائن بصرف النظر عن إخطار المدين ٠ إذ لا يتسنى في هذا الفرض للكفيل إخبار المدين مقدماً بها [168] ٠ فيرجع بها على المدين ، وإن لم يخطره ٠

وأخيراً، يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه إبتداء من يوم الدفع ٠ وبذا يكون المشرع قد خرج عن المبادىء العامة التى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية ٠

ويبقى أن نوضح بأنه لا يجوز للكفيل الرجوع على المدين بتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة للكفالة إلا إذا أثبت خطأ المدين ولا يصح قياس

---

[167] المذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادة ٨٠٠ مدني / جمال زكى/ ص ١٣٢ / بند ٦٧ ٠

[168] جمال زكى / مرجع وموضوع سابقين ٠ وقرب تناغو / ص ١١٧ / بند ٥٢ ٠ ومنصور ص ١١٠ وما بعدها ٠ وفى القانون المصرى يجوز للكفيل الرجوع بالفوائد القانونية على كل ما قام بدفعه إبتداء من يوم الدفع ـ م ٣/٨٠٠ مدني ٠ وفى القانون الفرنسي ، للكفيل الرجوع بالتعويض على المدين عن الضرر الذي يلحقه نتيجة كفالة الدين ٠ بلا نيول / ريبير/ بواسطة سلفاتييه / ١٥٤٠ ٠

مسئولية المدين المكفول على مسئولية الموكل في الوكالة أو رب العمل في الفضالة ، والقول بإمكانية مساءلة الأول ، كالثانى ، والثالث، بدون خطأ[١٦٩] .

169 عبد الباقى / ص ١٦٧ .

المطلب الثانى

دعوى الحلول

L' action en subrogation

نص قانونى، وتقسيم :

١٠٤- نصت المادة ٧٩٩ مدني على أنه إذا وفى الكفيل كل الدين أو بعضه ، حل محل الدائن في حقه طبقاً لقواعد الحلول القانونى ٠

- والنص على هذا النحو ، قد أكد فى عبارة بليغة موجزة حق الكفيل الموفى الرجوع على المدين وأحال في دعوى الحلول للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول ، أى ، فيما إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ٠

١٠٥ – وسوف نعرض فيما يلى لشروط الرجوع بدعوى الحلول – ثم نطاق الحلول على التفصيل الآتى:

أولاً- شروط الرجوع بدعوى الحلول:

١٠٦ – إذا كان رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول محل الدائن ، محض تطبيق للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول كما قدمنا[١٧٠] فإن شروط

[170] وكما هو إجماع الفقه ، تعليقاً على نص المادة ٧٧٩ مدني مصرى ، توفيق فرج / ص ٧٤ / بند ٧٤ ٠

دعوى الحلول تفريعاً على ذلك هي نفس شروط الوفاء مع الحلول في قواعده العامة ٠

- وأخذاً من نص المادة ٣٣٠ مدني [١٧١] ، إذا وفى غير المدين الدائن جزءاً من حقه ، وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الحلول ٠ ويكون فى استيفاء ما بقى له من الحق مقدماً على من وفاه ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك ٠

ومعنى ما تقدم أنه إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين ٠ وإذا لم يوف إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين ٠

ويسرى نفس الحكم إذا كان الدائن قد استوفى بقية حقه من شخص آخر غير المدين ٠ إلا إنه إذا كان لهذا الشخص حق الحلول أيضاً ، فإنه يزاحم الكفيل في حلوله محل الدائن ٠ وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ مدني بأنه إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من الحق رجع من حل أخير ، هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة غرماء ٠

ومجمل القول إذن أنه يشترط في رجوع الكفيل بدعوى الحلول أن يكون الدائن قد استوفى كل حقه أو بعضه على النحو الذي بسطناه أخذاً من القواعد العامة للوفاء مع الحلول ٠

---

171 المقابلة للمادة ٣٣٠ مدني مصرى ٠

كذا، يشترط في الرجوع بدعوى الحلول ، أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة للمدين كما هو الشأن في الرجوع بالدعوى الشخصية ٠

إنما لا يشترط في الرجوع بدعوى الحلول ، أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين كما هو الشأن في الرجوع بالدعوى الشخصية ٠

كذا، لا يشترط في الرجوع بدعوى الحلول أن يكون الكفيل غير متضامن فيجوز رفع الدعوى أيضاً للكفيل غير المتضامن ٠

ثانياً- نطاق الرجوع بدعوى الحلول:

١٠٧- الكفيل يرجع في دعوى الحلول قبل المدين بحق الدائن ذاته، وهو ما عبرت عنه المادة ٧٩٩ مدني بقولها ٠٠٠ حل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين ٠

ولما كان حق الكفيل الرجوع بدعوى الحلول محض تطبيق القواعد العامة للوفاء مع الحلول ، فوجب في اعتقادنا ، تطبيق هذه القواعد ليس فقط على شروط الدعوى ، وإنما على نطاقها٠

١٠٨- وأخذا من المادة ٣٢٩ مدني ، فإن من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ٠ بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ٠ ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من

حل محل الدائن . وتفريعاً على ذلك . وعليه، فإن حق الكفيل قبل المدين ، يدور ، وحق الدائن قبل المدين وجوداً ، وعندها ، فإن كان حق الدائن قبل المدين قد انقضى ، فلا يجوز للكفيل أن يرجع به[172] . كذا، فإن الكفيل يرجع بحق الدائن على المدين بما لهذا الحق من خصائص خاتمة.

---

[172] وإن أمكنه الرجوع بالدعوى الشخصية إذا لم يرد المدين على إخطار الكفيل له بالوفاء أو لم يعترض على ذلك .

الدعوى الشخصية ، ودعوى الحلول ، دراسة مقارنة:-

١٠٨- مكرر – إذا كان للكفيل الموفى للدائن الرجوع على المدين بإحدى الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول – كما أسلفنا- فإن الفرق بين الدعويين يتمثل فيما يلى:

- أولاً بالنسبة لموضوع كل منهما :

في دعوى الحلول، يحل للكفيل محل الدائن فيما لـه من حقوق قبل مدينـه ، وهو يحل محله في الحق بكل صفاته وتوابعه، وتأميناتـه[١٧٣] والكفيل يستفيد من التأمينات إذا رجع بدعوى الحلول، ولا يستفيد منها إذا رجع بالدعوى الشخصية٠

وتفسير ذلك، أن الدعوى الشخصية ، بعكس دعوى الحلول، ودعوى خاصة ومستقلة عن حق الدائن ٠

ثانياً- وبالنسبة لشروط كل من الدعويين :

ففى دعوى الحلول، لا يكفى للكفيل الرجوع على المدين إلا إذا استوفى الدائن حقه كاملاً ٠ بينما يجوز للكفيل الرجوع بالدعوى الشخصية على المدين ، ولو لم يوف إلا بجزء من الدين فقط ٠ وله في هذا الفرض مزاحمة الدائن "

173 السنهورى / ص ١٨٤ / بند ٦٧ – وكذا بند ٦٨ ٠

العادى " عند رجوعه بباقى الدين على المدين ما لم يكن ثمة سبب خاص لامتياز الدائن ٠ ففى هذه الحالة يكون الأخير هو الأولى باقتضاء حقه فلا يتساوى والكفيل الموفى بجزء من الدين[١٧٤].

ثالثاً- بالنسبة لشروط كل من الدعويين :

ففى دعوى الحلول يجوز لكل من الكفلاء الرجوع على المدين بدعوى الحلول ٠ سواء علم المدين بالكفالة أولم يعلم بها ، أو تمت برغم معارضته ٠ أما بالنسبة للدعوى الشخصية فلا يكون للكفيل الرجوع بها على المدين إلا إذا علم الأخير بالكفالة ، أو دون معارضة منه[١٧٥] ٠ وإلا انتفت المحكمة التى تقررت لأجلها الدعوى الشخصية، فيما بسطناه آنفاً ٠

174 السنهورى / ص ١٨٤ / بند ٦٧ ٠
175 السنهورى /ص ١٨١ / بند ٦٦ – مرقس / ص ١٣٣/ بند ١٢٠ ٠

المطلب الثالث

رجوع الكفيل في حالة تعدد المدينين

نص قانونى وتقسيم :

١٠٩ـ نصت المادة ٧٧٢ مدنى على أنه إذا تعدد المدينون في دين واحد ، وكانوا متضامنين فيما بينهم فللكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بكل ما وفاه من الدين ٠

والنص على ما يبين من عباراته ، قد حدد حكم تعدد المدينين مع تضامنهم إذا كفلهم الكفيل جميعاً بينما سكت عن فروض أخرى ، فيها يكفل الكفيل مثلاً بعض المدينين المتضامنين ، وكذا، حالة ما إذا كان المدينون غير متضامنين ٠

لذا يتعين لبيان حكم الفروض الأخرى، التأمل في قواعد الكفالة ذاتها ، محمولة على القواعد العامة ٠ وبيان ذلك كالتالى :

أولاً- تعدد المدينين وتضامنهم :

١١٠ـ إذا كان هناك مدينون متضامنون في دين واحد ، فإما أن يكفلهم الكفيل جميعاً ، وإما أن يكفل بعضهم فقط، على التفصيل الآتى :

أ- كفالة جميع المدينين :

١١١- إذا كان المدينون متضامنين وكفلهم الكفيل جميعاً ، كان له إذا وفى الدين أن يرجع على أى من هؤلاء المدينين المتضامنين بالدين كله ، إما بدعوى الحلول ، وإما بالدعوى الشخصية، وهذا هو الفرض الوارد النص عليه بالمادة ٧٩٦ مدني ٠

فإذا رجع الكفيل بدعوى الحلول ، كان له حق الدائن الرجوع على أى مدين متضامن بكل الدين ٠ فإن رجع الكفيل بالدعوى الشخصية، فمعنى ذلك أنه يرجع بما وفاه من دين المدين ٠ وهذا الدين يشمل الدين كله ، لأن كل مدين أخذاً من قواعد التضامن ملزم في مواجهة الدائن بوفاء الدين جميعه [١٧٦] ٠

ب- كفالة بعض المدينين:

١١٢- إذا كانت الكفالة لبعض المدينين فقط دون البعض الآخر ، جاز للكفيل الرجوع على أى منهم بكل الدين الذي وفاه إما بالدعوى الشخصية، أو بدعوى الحلول ٠

ولكن – من المسلم به أنه لا يجوز للكفيل الرجوع على مدين متضامن لم يكفله بدعوى الكفالة " الدعوى الشخصية" لأن هذه الدعوى على ما أسلفنا ، دعوى خاصة برجوع الكفيل على المدين الذي كفله إنما يجوز للكفيل الرجوع

---

[176] السنهوري / ص ١٩٤ / تناغو / ص ١٢٤ ا بند ٥٦- منصور/ ص ١٠٩ ٠

علـى أى مـن المـدينين المتضـامنين ، ولـو لـم يكفلهم بـدعوى الإثـراء بـلا سـبب إعمالاً للقواعد العامة ٠

وفى رجوعه على المدين الذي لم يكفله لا يطالب الكفيل إلا بقدر إثراء هذا المدين ،وبمعنى آخر بقدر نصيب هذا المدين في الدين مضـافاً إليه نصيبه في حصة المعسر من المدينين المتضامنين وعلى أساس هذه العلاقة تتحدد درجة إثراؤه [١٧٧] " ٠

وأخذاً من أحكام الدعوى غير المباشر يجوز للكفيل، الرجوع على أى من المـدينين المتضــامنين ، ولـو لـم يكفلهم، باسـم المـدينَ الـذي كفلـه ليحصـل علـى نصيبه في الدين طبقاً للقواعد التى تحكم رجوع المدينين المتضامنين فيما بينهم [١٧٨] .

ثانياً- تعدد المدينين وعدم تضامنهم :

١١٣- إذا وفى الكفيل للدائن فإن الحكم يختلف بحسب ما إذا كان المدينون غير المتضامنين قد ضمنهم الكفيل جميعاً أو كفل بعضهم فقط وذلك على النحو الآتى :

[177] العبارة حرفياً عن أستاذنا الدكتور / سمير تناغو / ص ١٤٢ / بند ٥٦ عن القواعد العامة للإثراء بلا سبب ، محمولة على تضامن المدينين ٠

[178] توفيق فرج / ص ٨٠ / بند ٧٩ – تناغو / ص ١٢٥ / بند ٥٦ ٠

أ- كفالة جميع المدينين:

١١٤- إذا كان المدينون غير المتضامنين قد كفلهم الكفيل جميعاً فإنه لا يجوز له إذا وفى بالدين إلى الدائن أن يرجع على أى منهم إلا بقدر نصيبه في الدين وسواء رجع بالدعوى الشخصية على المدين على أساس الوكالة أو الفضالة، أو على الإثراء بلا سبب أو بدعوى الحلول • فإن كانت الأولى فإن رجوعه يقوم على ما وفاه من دين المدين وبما أن المدين غير متضامن فإنه لا يلتزم إلا في حدود حصته فقط •

وإذا رجع الكفيل على مدينه بدعوى الحلول فإنه يرجع بدعوى الدائن قبل المدين غير المتضامن وهو لا يجاوز قدر نصيب هذا المدين فى الدين •

فإن رجع الكفيل على أساس الإثراء بلا سبب على المدين فإن إثراء أى مدين غير متضامن لا يجاوز قدر نصيبه في الدين[١٧٩] •

ب- كفالة بعض المدينين:

١١٥- إذا كان المدينون غير متضامنين وكفل الكفيل بعضهم فقط فإنه لا يرجع إلا على من كفله ولا يرجع عليهم مجتمعين ولا يرجع على من لم يكفله لا بالدعوى الشخصية ولا بدعوى الحلول فإن وفى الكفيل بنصيبهم أو بنصيب

[179] تناغو /ص ١٢٣ / بند ٥٥ – توفيق فرج / ص ٧٩ / بند ٧٨ •

البعض منهم جاز له – حينئذ- الرجوع إنما على أساس القواعد العامة في الإثراء بلا سبب أى بأقل القيمتين ٠ الافتقار أو الإثراء [١٨٠]٠

[180] قرب / توفيق فرج / ص ٨٠ / بند ٧٩ – منصور / ص ١٠٨ وما بعدها ٠ ص ١٢٤ / بند ٥٥ ٠

المبحث الثالث

العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

تمهيد وتقسيم:

١١٦- نلفت النظر بداية بأن الكفيل يجوز له الرجوع على الكفلاء الآخرين إذا كان قد وفى للدائن بكل الدين إلا أن الكفيل لا يرجع بدعوى الكفالة على أى كفيل آخر فقد أسلفنا بأن هذه الدعوى تقتصر على رجوع الكفيل على المدين ٠

وبعكس ذلك يجوز للكفيل الرجوع على غيره من الكفلاء بدعوى الحلول محل الدائن أو إعمالاً لقواعد الإثراء بلا سبب ٠

- كما أن أحكام الرجوع تختلف بحسب ما إذا كان غير متضامنين فيما بينهم أو كانوا متضامنين على النحو الآتى:

أولاً- تعدد الكفلاء وتضامنهم

١١٧- إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين بحلوله كان له أخذاً من نص المادة ٧٩٦ مدني الرجوع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم ٠.

وهذا النص محض ترديد لما سبق أن قرره المشرع بالنسبة لرجوع المدينين المتضامنين على بعضهم إعمالا لنص المادة ١/٢٩٧ مدني – إذا وفى أحد

المدينين المتضامنين كل الدين ... فلا يجوز له أن يرجع على أى من المدينين إلا بقدر حصته في الدين ولو كان الموفى قد رجع بدعوى الدائن استناداً إلى ما له من حق الحلول .

ومقابل ذلك، إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين يتحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى الدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته .

ولا يختلف الحكم كلك إذا رجع الكفيل على غيره من الكفلاء بدعوى الإثراء بلا سبب حيث لا يتسنى له الرجوع إلا بقدر حصة الكفيل الذى يرجع عليه ونصيبه في حصة المعسر منهم فبهذا القدر فقط يتحدد إثراء أى كفيل متضامن يتجه للوفاء الذي يقوم به واحد منهم [181] .

وتنطبق ذات القاعدة، بطريق القياس في حالة تعدد عقود الكفالة دون تضامن حين يكون كل من الكفلاء ملتزماً بكل الدين المكفول به . وفى الحالتين، يجب لرجوع الكفيل أن يكون قد قضى كل الدين عند حلول أجله بالوفاء ، أو بما يقوم مقامه .

وإجمالاً فإن، التضامن بين الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد ويكونوا متضامنين فيما بينهم أو يكون عدة كفلاء التزموا بعقود متوالية ولم يحتفظ أى

181 نبيل سعد / ص ٢٤٨ / بند ٣٢٥ – تناغو / ص ١٢٩ / بند ٥٧٨ .

منهم لنفسه بحق التقسيم ٠ فيعتبر كل منهم مسئولاً عن الدين كله أخذاً من نص المادة ٧٦٨ مدني [١٨٢] ٠

ويبقى لنا فرض مهم ، يوجد فيه إلى جانب الكفيل الشخصي كفيل عينى، ويوفى أحدهما بالدين وعندها، يجوز للموفى أن يرجع على الآخر بقدر حصته في الدين ٠

وتفسير ذلك أن كلاهما قد اعتمد في كفالته للمدين على وجود الآخر [١٨٣] ٠وتكون حصتهما في الدين بالتساوى إذا كان الكفيل الشخصي كفل كل الدين ٠ والكفيل العينى، كفل كل الدين بقدر المال الذي قدمه رهناً ، وكانت المديونية تساوى تلك العين ، أو تقل عنها ٠ أما إذا كانت قيمة العين أقل من المديونية ، فإن الدين يقسم عليهما بنسبة قيمة الدين إلى قيمة المال المرهون ٠ فإن كان الدين مثلاً ستة آلاف جنيه ، وقيمة المال المقدم رهناً " من الكفيل العينى " ثلاثة آلاف يقسم الدين عليهما بنسبة ٣ إلى ١,٥ ، فيتحمل الكفيل الشخصي أربعة آلاف وتكون حصة الكفيل العينى ألفا جنيه ٠

[182] والمذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص ولاتحاد العلة في الحالتين / نبيل سعد / ص ٣٤٩ / بند ٣٢٥ السنهورى / ص ٢٠٢ / بند ٧٧ / تطبيقاً للمسئولية على سبيل التضامن ٠

[183] جمال زكى / ص ١٤١ / بند ٧٠ ٠

ثانياً- تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم :

١١٨- إذا تعدد الكفلاء لنفس الدين وكانوا غير متضامنين فيما بينهم [١٨٤] فإن الدين – على عكس الفرض السابق ينقسم عليهم فلا يكون أى منهم مسئولاً قبل الدائن إلا بقدر نصيبه ويترتب على ذلك نتائج عدة إذا وفى أحدهم هؤلاء الكفلاء غير المتضامنين بالقدر المسئول عنه ولا يجوز له أن يرجع على الكفلاء الآخرين اعتباراً بأن كلا منهم مسئول – فيما أسلفنا بقدر نصيبه من الدين . وإذا وفى أحد الكفلاء بكل الدين جاز له الرجوع على بقية الكفلاء بدعوى الإثراء بلا سبب –في قواعدها العامة – الواردة بالمادة ١٧٩ مدني • إنما في حدود أحقية كل كفيل في الدين • كما يجوز للكفيل الموفى لكل الدين الرجوع بدعوى الحلول محل الدائن وتفسير ذلك أنه لم يكن أصلاً ملتزماً بالوفاء عن المدين فيما يجاوز نصيبه من المدين [١٨٥] وأخيراً إذا أعسر أحد الكفلاء فإن الدائن يتحمل وحده حصة المعسر فلا يتحملها بقية الكفلاء•

---

184 أى أن يتعدد هؤلاء في دين واحد وبعقد واحد أو بعقود متوالية شريطة أن يحتفظ كل منهم بحق التقسيم – السنهورى / ص ٢٠١ / بند ٧٦ •

185 تناغو ص ١٢٧ / بند ٥٧ • نبيل سعد / ص ٣٤٧ / بند ٣٢٤ " أخذاً من نص م ٣٢٦ مدني مصرى " •

القسم الثانى

التأمينات العينية

- التأمينات العينية في القانون المدني:

١١٩- قدمنا بأن المشرع قد عالج التأمينات العينية في القسم الثاني من مدونة القانون المدني حيث قسمه كتابين : **الأول -** الحقوق العينية الأصلية ، **والثاني** – الحقوق العينية التبعية " التأمينات العينية "[1] ،

وهي الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز ،

١٢٠- وسوف نعرض التأمينات العينية وفقاً للترتيب الذي جاءت به مدونة القانون المدني ونوزع الدراسة على أبواب أربعة :

الأول : في الرهن الرسمي **والثاني** : حق الاختصاص

والثالث: في الرهن الحيازي **والرابع:** في حقوق الامتياز

---

[1] في تسمية التأمينات العينية لأنها تمنح الدائن الأمن كابرياك ومولاي / ص ١ / بند وبند ٢ ، وفرق عندهما بين التأمينات والضمانات / ص ٤ / بند ٤ ، وانظر تقرير ختامي لايف شارتيه عن تطور التأمينات في مجلة القضاء التجاري / ع سبتمبر / فبراير ١٩٨٢ / ص ١٥٠ ،

الباب الأول

الباب الأول : الرهن الرسمى

تعريف الرهن الرسمى ، خصائصه ، خطة الدراسة

ـ نص قانونى وتعليق :

١٢١ـ نصت المادة ١٠٣٠ مدني على أن الرهن الرسمى عقد به يكتسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بموجبه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أى يد يكون ٠

والنص على هذا النحو يتضمن تعريفاً لعقد الرهن الرسمى باعتباره مصدراً لحق الرهن وبررت المذكرة الإيضاحية ذلك بأن مصطلح الرهن كما يطلق على العقد يطلق على الحق العينى نفسه[٢] والواقع أنه إذا كان وصف العقد بأنه رسمى أمراً معقولاً فإن وصف الحق الذي نشأ عن هذا العقد بأنه رسمى يبدو فى نظرنا غير مستساغ ولعل الأفضل أن يطلق على الحق الذي ينشأ عن عقد الرهن بحق الرهن غير الحيازى[٣]٠

---

[2] مجموعة الأعمال التحضيرية تعليقا على النص المذكور / ج ٧ / ص ١٠ وبلانيول وريبير / المطول / ج ١٢ / بند ٣٢٥ والنص المقابل في القانون الفرنسى المادة ٢١١٤ مدني ٠

[3] فيما إقترحه البعض ونؤيده تعليقا على النص الوارد في القانون المصرى مثلا البدراوى / ص ١١ / بند ٧ وقارن تناغو / ص ١٣٥ / بند ٥٩ ٠

١٢٢- كذا يلاحظ بأن النص قد عرف حق الرهن عن طريق مضمونه باعتباره حقاً عينياً يكون للدائن بموجبه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين أصحاب التأمينات العينية التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أى يد يكون ٠

فالتقدم يكون على ثمن العقار المتحصل من بيعه بعد التنفيذ عليه وعلى اى مبلغ يحل محل العقار كالتعويض مثلاً ، أو مبلغ التأمين وبذا فإن إعادة صياغة النص على أن التقدم يكون في استيفاء حق الدائن من العقار أفضل من النص الوارد بالمادة ١٠٣٠ مدني بأن التقدم لا يكون إلا على ثمن العقار وهذا غير صحيح [4] وقد يحتج على ذلك بأن النص ينصرف إلى الأغلب الأعم وهو استيفاء الدائن حقه من ثمن العقار [5] وعلى فرض التسليم بهذه المسألة فإن النص يكون قاصراً على الحالات الأخرى ٠

وأياً ما كان الأمر فإن تعريف الرهن كما ورد بالمادة ١٠٣٠مدنى يحدد خصائصه وهى على النحو التالى :

---

[4] منصور مصطفى / مرجع سابق/ التأمينات العينية / ط ١٩٦٣/ ص ١٧ / بند ٥ البدراوى / ص ١١ / بند ٧ / توفيق فرج / ص ٩١ / بند ١١٩٣

[5] الأمر الذي حدا بالمشرع المصرى إلى النص بعد ذلك بالمادة ١٠٥٦ مدنى على أن الدائنين المرتهنين يستوفون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار أو من المال الذي حل محل العقار – السنهورى / ج ١٠ / ص ٢٧٠ / هـ ودفاعاً عن نص م ١٠٣٠ مدني مصرى تناغو / ١٣٦ " الثمن كقيمة نقدية للعقار ٠

- **خصائص الرهن الرسمى :**

١٢٣- أربع خصائص تميز حق الرهن فهو حق عينى وتبعى وعقارى ولا يتجزأ ٠

أ- **فحق الرهن بداية حق عينى :** إذ يخول للدائن المرتهن سلطة مباشرة على الشىء محل الحق له أن يستعملها دون وساطة آخر وهذه السلطة على خلاف الحقوق العينية الأصلية لا تخول للدائن الحق في استعمال المال المرهون أو استغلاله بل تخول الدائن اقتضاء حقه من المقابل النقدى للشىء محل الحق بالأفضلية أو بالأسبقية على سائر الدائنين العاديين أو الدائنين المرتهنين اللاحقين له في المرتبة كما تخوله حق التتبع إلا أن التقدم يظل جوهر الرهن وأهم آثاره وما الأول سوى خادم للثانى فيما سنرى لاحقاً [٦] ٠

ب- **حق تبعى :** بمعنى أن الرهن الرسمى لا يقوم إلا تبعاً لحق يدعمه ويضمن الوفاء به لذا فإن الرهن يتبع الحق الذي نشأ لضمانه في وجوده وصحته وانقضائه على ما ورد بالمادة ١٠٤٢ مدني ما لم يرد نص بخلاف ذلك٠

ج – **كذا فإن حق الرهن الرسمى حق عقارى** لا يرد على المنقول وإن استثنى من ذلك بعض المنقولات التى رسم لهالا القانون طريقة خاصة من

---

[6] وقرب كابرياك ومولاى / ص ٣٩٦ / بند ٥١١ ٠

طرق الشهر أو العلانية كالسفينة والطائرة والمحل التجاري [7] ٠ وفيها لا تنتقل حيازة المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن ٠

د- وأخيراً، **فحق الرهن ، غير قابل للتجزئة:** بمعنى أنه يثقل العقار المملوك بأكمله ، وفاء لكامل الدين أى إلى أن يستوفى الدائن المرتهن جميع الحق المضمون وتأكيداً لذلك ، نصت المادة ١٠٤١ مدني على أن " كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ما لم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك " ٠ ومفاد النص ، أن الرهن لا يتجزأ لا من حيث العقار المرهون ، ولا من حيث الدين المضمون :

أ- فمن حيث العقار المرهون ، فإن كل جزء منه يضمن الدين بأكمله ، بحيث انه إذا كان المرهون ضماناً للدين عدة عقارات ، كان للدائن التنفيذ بحقه كاملاً على أى منها، من دون أن يجبر على واحد منها بالذات ٠ وإذا باع المدين الراهن أحدج عقاراته الوارد عليها الرهن ، كان للدائن المرتهن التنفيذ بكل دينه على العقار المبيع تحت يد المشترى حائز العقار المرهون من دون معارضة الأخير ٠

[7] جمال زكى / ص ١٦١ / بند ٨٠ / البدراوى / ص ١٣ / بند ٨ – نبيل سعد / ص ٣٤ / بند ١٥ / - السنهورى / الوسيط / ج ١٠ / ص ٢٦٥ / بند ١١٤ ٠

ب- ومن حيث الدين المضمون يكون أى جزء منه مضموناً بالعقار المرهون كله، فإذا أوفى المدين بجزء من الدين لم تبرأ العقارات المرهونة بنسبة ما أوفى ، وإنما تظل جميعها ضامنة لما بقى من الدين ٠ ونلفت النظر إلى أن مبدأ عدم جواز تجزئة الرهن ليس من النظام العام ، وبذا يجوز الخروج عليه باتفاق المتعاقدين ، سواء فيما يتعلق بالدين المضمون أو بالعقار المرهون كما يقرر القانون تجز ئة الرهن في حالات محددة منها مثلاً ما خوله لحائز العقار المرهون الحق في تطهيره – المادة ١٠٦٥ مدني ٠

- خطة الدر سه:

١٢٣ - تناول التقنين المدني الرهن الرسمى في فصول ثلاثة :

الأول : يتعلق بإنشاء الرهن – المادة ١٠٣١ إلى المادة ١٠٤٢ ٠

والثانى : في آثار الرهن – المادة ١٠٤٣ إلى المادة ١٠٨١ ٠

والثالث: لانقضاء الرهن – المادة ١٠٨٢ إلى المادة ١٠٨٤ ٠

وتبعاً لذات الترتيب الوارد بالتقنين المدني نوزع دراستنا على فصول ثلاثة :

الأول : لإنشاء الرهن٠

والثانى : لبيان آثاره فيما بين المتعاقدين المدين الراهن والدائن المرتهن وبالنسبة للغير

والثالث : فنخصصه لانقضاء الرهن .

الفصل الأول

الفصل الأول

إنشاء الرهن

١٢٤- نسارع إلى التنويه – في البداية – بأنه لا يكفى إبرام عقد الرهن ، توافر الشروط الموضوعية العامة " أى المقررة فى القواعد العامة للعقود وتلك الخاصة بالرهن الرسمى المتعلقة بالدين المضمون وبالعقار المرهون بل يلزم فوق ذلك توافر الشكل اللازم لإبرام عقد الرهن [8].

ونوزع دراستنا على مبحثين ، نعرض في الأول منهما للشروط الموضوعية لإبرام الرهن ، وفى الثانى للشروط الشكلية .

[8] المادة ١/١٠٣١ مدني وسنرى بأن الشكل في حقيقة الأمر مزدوج يشمل الرسمية والتخصيص معاً .

المبحث الأول

الشروط الموضوعية

١٢٥- ذكرنا بأن إبرام عقد الرهن يرتبط بتوافر الشروط الموضوعية العامة من رضاء ومحل وسبب وهى ذاتها اللازمة لإبرام العقد في قواعده العامة ٠

وإلى ذلك ، فقد اختص المشرع الرهن الرسمى بقواعد خاصة سواء من حيث الدين المضمون " قاعدة التخصيص" أو من حيث العقار المرهون ٠

١٢٦- وسوف نعرض بداية للشروط الموضوعية العامة لإبرام الرهن – **مطلب أول** – ثم الشروط الخاصة بالرهن الرسمى – **مطلب ثان** ٠

المطلب الأول

الشروط الموضوعية العامة

١٢٧- يشترط لانعقاد الرهن محل وسبب يتوافر بهما الشرائط القانونية لمحل العقد وسببه كما يشترط لصحة الرهن أن يصدر الرضا به سليماً من العيوب من شخص تتوافر فيه الأهلية.

ونرجىء الحديث عن المحل إلى المطلب الثانى حيث لا نرى فيما يتعلق بالسبب ما يتخصص به الرهن عن سائر العقود .

ونحيل في المسألة إلى المؤلفات العامة فى نظرية الالتزام ، ولا يبقى إلا أن نعرض من الشروط العامة سوى لوجود الرضى وسلامته .

كما يشترط فضلاً عن الشروط العامة شرائط خاصة تتعلق بالدين المضمون وبالعقار المرهون .

الفرع الأول

وجود الرضى وسلامته

نعرض بداية لوجود الرضى ثم أهلية مباشرة عقد الرهن ٠

أولاً- وجود الرضا:

١٢٨- مكررا المقصود بوجود الرضا كشرط لانعقاد الرهن أن يتبادل طرفا العقد " الدائن المرتهن ، والمدين الراهن " التعبير عن إرادتين متطابقتين [9] ٠ وإذا كان الغالب عملاً أن يصدر الرضى من المدين الراهن فليس ثمة ما يمنع أن يكون الراهن شخصاً آخر غير المدين " الكفيل العينى " الذي يقرر رهناً رسمياً على عقار يملكه ضماناً للوفاء بدين على غيره [10] ٠

ولذا، ورد بنص المادة ١٠٣٢ مدني بأنه يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين [11] ٠

وكما يصح الرهن بتبادل طرفا العقد إيجاباً وقبولاً متطابقين بأنفسهما يجوز كذلك أن يصدر التعبير عن الإرادة ممن ينوب عنهما اتفاقاً " بالوكالة " أو قانوناً " بالولاية " على أن الوكيل لا يستطيع أن يرهن عقارا لموكله إلا إذا

---

[9] مع مراعاة الرسمية على ما سنرى حالاً – م ١/٩٧٢ مدني ٠
[10] فيما أسلفنا ص ٥٨/ بند ٧٢ ٠
[11] وفى كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون وأهلاً للتصرف ٠

صدر توكيل خاص بذلك – المادة ٧٠١ مدني باعتبار أن الوكالة العامة لا تخول للوكيل ، إلا أعمال الإدارة [١٢] ٠

وأخذاً من نص المادة ٧٠٠ مدني التى تستلزم فى الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانونى الذي يكون محلاً لها فإن التوكيل في الرهن يجب أن يكون رسمياً ٠

ثانياً- أهلية إبرام عقد الرهن :

١٢٩ – أكدنا بأنه يشترط لانعقاد الرهن توافر الرضاء بين طرفيه ويشترط لصحة العقد ، صدوره من شخص أهل لمباشرته على التفضيل الآتى بيانه :

- بالنسبة للراهن ، يجب أن يكون أهلاً للتصرف ، سواء كان الراهن هو المدين ، أو غيره " كفيل عينى " وتفسير ذلك أن الرهن تصرف يدور بين النفع والضرر بالنسبة للمدين الذي يرهن عقاراً مقابل الحصول على الائتمان من الدائن ٠ لذا يجب أن يكون كامل الأهلية ٠ وعليه فإن القاصر المأذون له بالإدارة " لبلوغه ثمانية عشر سنة لا يكون أهلاً لرهن عقار من عقاراته " ٠

- وإذا كان الراهن ، غير المدين ، كفيل عينى مثلاً، فإن العقد بالنسبة له إما أن يكون ضاراً ضرراً محضاً " إذا رهن متبرعاً " أو يدور بين النفع والضرر

---

[12] كما نصت المادة ٧٠٢ مدني بعد ذلك على أنه لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في الرهن ٠

إذا تقاضى مقابلاً ، فإن لم تتوافر الأهلية في التبرع وقع الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وإن لم تتوافر الأهلية في التصرف بمقابل وقع باطلاً بطلاناً نسبياً[١٣] ،

- أما بالنسبة للدائن المرتهن ، فيصح عقد الرهن لمجرد أن يكون المرتهن مميزاً ، " أى أن يتوافر لديه أهلية مباشرة الأعمال النافعة نفعاً محضاً ، وتفسير ذلك أن عقد الرهن الرسمي يلزم الراهن، ولا يلزم المرتهن ،

[13] منصور / ص ٢٠ /بند ٨ – ومرقس / ص ٣٢/ بند ٢٣ – البدراوى / ص ١٧/ بند ١٢ – نبيل سعد / ص ٤٢ / بند ٢١ ،

المطلب الثانى

الشروط الخاصة بالرهن الرسمى

١٣٠- ثمة شروط خاصة فيما ذكرنا تحكم وجود الرهن وصحته، بخلاف الشروط العامة ٠ وهذه الشروط يتعلق بعضها بالدين المضمون بالرهن ، وبعضها بالمال المرهون والأولى تقوم على تبعية الرهن بالدين المضمون بينما تتعلق الثانية فيما ورد بنص المادة ٢/١٠٣٥ مدني من شروط خاصة بالمال المرهون ٠ ونعرض كل طائفة من الشروط الخاصة على النحو الآتى بيانه:

الفرع الأول

الشروط الخاصة بالدين المضمون

عقد الرهن تابع للالتزام الأصلى وجميع الالتزامات يجوز ضمانها عن طريق الرهن بصرف النظر عن مصدرها ٠

أولاً- تبعية الرهن للدين المضمون :

١٣١- الرهن يتبع الدين المضمون ، وجوداً ، وعدماً ٠ ومفاد ذلك أنه إذا كان الالتزام الأصلى صحيحاً صح الرهن ، وإن كان باطلاً كان الرهن باطلاً وإذا انقضى الدين انقضى الرهن تبعاً له ٠ وتبعية الرهن للدين المضمون " أو للالتزام الأصلى " تتحقق بصرف النظر عما إذا كان الراهن هو المدين أو غيره ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أنه يجوز للكفيل العينى " كراهن ، غير مدين " أن يتمسك بأوجه الدفاع المتعلقة بالدين فضلاً عن تمسكه بأوجه الدفاع الخاصة به ، وتأكيداً لذلك نصت المادة ١٠٤٢ مدني على أنه ، يكون الرهن تابعاً للدين المضمون في وجوده ، وفى انقضاءه ما لم ينص القانون على غير ذلك [١٤] ٠

ولما كان الرهن لا ينفصل عن الدين المضمون فمعنى ذلك أنه إذا كان العقد الذي أنشأ الالتزام الأصلى باطلاً بطلاناً مطلقاً ، أو صورياً صورية مطلقة كان الرهن باطلاً ، فإن كان قابلاً للإبطال فلا يبطل عقد الرهن إلا إذا تقرر بطلان الالتزام الأصلى ، أخذاً من قاعدة أن العقد القابل للإبطال كالعقد الصحيح إلى أن يتقرر إبطاله وكالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً بعد أن يتقرر بطلانه ٠

---

[14] بينما وردت صياغة المادة ١٠٤٢ المقابلة في القانون المصرى أكثر تعبيراً عن مبدأ التبعية بنصها على أنه لا يفصل الرهن عن الدين المضمون ٠٠ "

- وإذا انقضى الالتزام الأصلي لأسباب أخرى ، كوفاء أو مقاصة انقضى عقد الرهن ٠ وإعمالاً لمبدأ التبعية ، فإن دعوى الرهن " وهى دعوى عينية تتبع دعوى الدين " " وهى دعوى شخصية " فلا توجد الأولى قبل الثانية ، وتنقضى بانقضائها وليس معنى ذلك ضرورة توجيه الدعويين إلى نفس الشخص ٠ صحيح أن الغالب عملاً ، أن يوجههما الدائن المرتهن إلى المدين الراهن ومع ذلك يمكن توجيههما على شخصين مختلفين في الحالة التى يكون فيها الراهن ، غير المدين (الكفيل العينى) فبينما توجه الدعوى الشخصية ضد المدين ، توجه الدعوى العينية ضد الكفيل العينى وهو ما يتحقق كذلك إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى آخر كحائز بما في ذلك مثلاً المشترى والموهوب له ، على ما سنرى حالاً٠ وفى هذه الحالة يقوم الدائن المرتهن بتوجيه الدعوى الشخصية ضد المدين ، بينما يوجه الدعوى العينية ضد الحائز [15].

وإذا انقضى الرهن بانقضاء الدين ، وتم الاتفاق على انتقال الرهن إلى دين جديد يحل محل الدين الأول ، إعمالاً لنص المادة ٣٥٧ مدني فقد أجاز القانون لذوى الشأن الاتفاق على أن يبقى الرهن قائماً لضمان الالتزام الذي حل محل الالتزام الأصلى ٠

[15] البدراوى / ص ١٩ / بند ١٤ ٠

ثانياً- الالتزامات الجائز ضمانها بالرهن :

١٣٢- القاعدة أن جميع الالتزامات الصحيحة يجوز ضمانها بالرهن بصرف النظر عن مصدرها أو محلها كذا يصح الرهن ضماناً لالتزام مستقبلى أو احتمالى ، أو لالتزام طبيعي " فيما يراه البعض " [16]٠

وتفصيلاً لما تقدم فإن جميع الالتزامات أياً كان مصدرها يجوز ضمانها بالرهن ، أى سواء نشأت عن تصرف قانونى أو فعل نافع أو فعل ضار أو بنص القانون ٠

- ويجوز أن يكون الالتزام مضموناً بالرهن بصرف النظر عن محله، أى سواء كان محل الالتزام عملاً ، أو امتناعًا عن عمل أو نقل ملكية أو إنشاء حق عينى ٠ فلا يشترط أن يكون محل الالتزام المضمون مبلغاً من النقود بل يجوز أن يقرر الرهن ضماناً لإيراد مرتب مدى الحياة وحيث يظل الرهن قائماً إلى أن ينتهى الالتزام بدفع الإيراد [17] ٠

١٣٣- ويجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط سواء كان الشرط واقفاً أو فاسخاً وفى هذا الفرض يتوقف مصير الرهن على الدين

16 ثروت حبيب/ رسالة من جامعة المنصورة في الالتزام الطبيعى / من بند ١٧١ إلى ١٧٣ ٠ وتفاصيل أخرى في نبيل سعد / ص ٤٥ / بند ٢٥ الذي أشار إلى الفقه المؤيد لذلك من الحاشية " ٦ " موضع سابق ٠

17 البدراوى / ص ٢٠ / بند ١٥ في تفاصيل أخرى ٠

المضمون وتحسب مرتبة الرهن من يوم عقده لا من وقت تحقق الشرط [18] .

ويجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين مستقبل أو ضماناً لاعتماد مفتوح أو دين احتمالى كضمان لفتح حساب جارى ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهى إليه هذا الدين – المادة ١٠٤٠ مدني . والأمر في الواقع لا يخرج عن أحد فرضين :

الأول : أن تحدد مدة معينة لنشأة الدين المستقبل ، أو الاحتمالى وعندها لا يضمن الرهن إلا ما ينشأ خلال هذه المدة .

والثانى : ألا تحدد مده لنشأة الدين وعندئذ ، يبقى الرهن قائماً لضمان ما ينشأ في أى وقت مستقبل إنما يجب أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون ، أو الحد الأقصى الذي ينتهى إليه هذا الدين وقد أسلفنا بأن مرتبة الدائن المرتهن تتحدد من يوم قيد الرهن لا من يوم نشوء الدين وهو ما أكدته المادة ١٠٥٧ مدني بقولها تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط ، أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً .

١٣٤- أما بخصوص الالتزام الطبيعى " وفيه عنصر المديونية دون المسئولية " فيرى البعض أنه يجوز ترتيب الرهن ضماناً للالتزام الطبيعى على سند من القول بأن تقديم المدين رهناً معناه تعهد منه بوفاء الالتزام الطبيعى

[18] المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص م ٩٨١ .

ينقلب به إلى التزام مدني فيكون الرهن عندئذ ضامناً في الواقع لالتزام مدني لا لالتزام طبيعى [١٩]٠

الفرع الثانى

الشروط الخاصة بالمال المرهون

نصوص قانونية ، تقسيم:

١٣٥- نصت المادة ١٠٣٥ مدني على أنه لا يجوز أن يرد الرهن الرسمى إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك ٠

ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح بيعه استقلالاً بالمزاد العلنى وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وأن يرد هذا التعيين في عقد الرهن ذاته أو عقد رسمى لاحق وإلا وقع الرهن باطلاً وهذا هو الشرط الأول ٠

وإعمالاً لما ورد بالمادة ١٠٣٣ مدني فإنه إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا

---

[19] انظر الحاشية رقم ٩ / صفحة ٨ ٠

من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن فدل ذلك على أن الأصل أن يكون العقار مملوكاً للراهن ٠

وأخيراً فيجب أخذاً من القواعد العامة ومن الفقرة الثانية للمادة ١٠٣٣ أن يكون العقار موجوداً وقت الرهن أو قابلاً للوجود ٠

وفضلاً عما ورد بالنصوص المذكورة بخصوص شروط المال المرهون نصت المادة ١٠٣٦ مدني على ملحقات الرهن بقولها يشمل الرهن الرسمي ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بالمنفعة على المالك، وذلك كله ما لم يتفق على غيره ومع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه بالمادة ١١٤٨ مدني ٠

١٣٦- وسوف نعرض بداية للشروط الواجب توافرها في المال المرهون ثم امتداد الرهن لمشتملات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً ٠

المحور الأول

شرائط المال المرهون

١٣٧- يتضح من النصوص السابقة أن المال المرهون يجب أن يكون عقاراً مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلى كما يجب أن يكون بحسب الأصل مملوكاً للراهن وأن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود على التفصيل الآتي:

أولاً- يجب أن يكون المرهون عقاراً :

١٣٨- لا يرد الرهن الرسمي إلا على العقارات ما لم يوجد نص بغير ذلك فلا يصح رهن المنقول رهناً رسمياً [٢٠] ولا رهن الديون ولا رهن حق المستأجر بوصفه حقاً شخصياً منقولاً ولو كانت العين المؤجرة عقاراً ولا يصح رهن الحقوق الأدبية رهناً رسمياً ٠

ومع ذلك يجوز رهن بعض المنقولات بصفة استثنائية رهناً رسمياً ومن ذلك مثلاً السفينة والطائرة والمحل التجاري ٠

والمقصود أن الرهن يقع على المنقول في الحالات السابقة بغير أن تنتقل بمقتضاه الحيازة على الدائن فيعتبر من هذه الزاوية شبيهاً بالرهن الرسمي ،

---

[20] في أسباب ذلك / جمال زكى / ص ١٩٨ / بند ١٠٢ ٠

وقد أوجب المشرع، شهر عقد الرهن بقيده في سجل مخصص لذلك، وذلك حماية للغير .

ويترتب على عدم جواز رهن المنقولات رهناً رسمياً عدم جواز رهن المنقولات المعتبرة عقاراً بالتخصيص مستقلة عن العقار المرصودة لخدمته أو استغلاله والسبب في ذلك أن هذه المنقولات تظل محتفظة في ذاتها بصفتها المنقولة بحيث تستمد صفتها العقارية إلا من رصدها لخدمة العقار أو استغلاله فإذا رهن العقار شمل الرهن ما التحق به من عقارات بالتخصيص [٢١] [٢٢] والحكمة في قصر الرهن الرسمى على العقارات أن الرهن يهدد مصالح الغير لكونه يخول الدائن المرتهن التقدم على غيره من الدائنين العاديين فضلاً عن تتبع العقار والتنفيذ عليه في مواجهة الخلف الخاص للمدين الراهن وبذا تنصرف آثار الرهن إلى الغير وحماية هؤلاء توجب تنظيم الرهن عن طريق شهره بحيث يتسنى للغير العلم بالرهون التى تثقل أموال المدين الراهن والقول بغير ذلك يهدد الائتمان الخاص والائتمان الوطنى في المجموعة .

---

[21] وفى معنى العقار بالطبيعة / الفقرة الأولى للمادة ٨٢ مدني والعقار بالتخصيص / الفقرة الثانية من نفس المادة .

[22] ونقض ١٩٥٤/١/١٤ / أحكام النقض / س ٥ / ص ٤٢٠ / رقم ٦٢ .

تطبيقات:

١٣٩ - يتعين التسليم بداية بأن أى عقار يجوز رهنه بما في ذلك المبانى المقامة على ملك الغير كما يجوز رهن الرقبة بالنسبة للعقار الوارد عليه حق الانتفاع من جانب مالكها ويجوز رهن حق الانتفاع إن كان مقرراً على عقار بطبيعة الحال على التفصيل الآتى بيانه :

أ- رهن البناء مع الأرض أو مستقلاً عنها :

١٤٠ - نصت المادة ١٠٨٣ مدني على أنه يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها رهناً رسمياً وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المبانى ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبانى وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق [٢٣].

ومعنى النص أنه إذا كان البانى غير مالك للأرض فإن رهن البناء في ذاته يقع صحيحاً محدوداً بحقوقه فيبقى الرهن ما بقيت المبانى قائمة في ملك الراهن

[23] أى وفقاً للحكام الواردة بالمواد ٩٩٢ وما بعدها من القانون المدني وانظر شكرى سرور / ص ٥٢ / بند ٧٢ وبعده ٠

ولم تنتقل ملكيتها بالالتصاق لصاحب الأرض [٢٤] ويكون للدائن المرتهن التنفيذ عليها واستيفاء حقه من ثمنها بعد بيعها جبراً بالطريق العادى ٠

فإذا رسا المزاد على غير صاحب الأرض فإن ملكيته للبناء تكون مؤقتة ويجوز لصاحب الأرض تملك المبانى في الموعد المحدد مع دفع التعويض لمن رسا عليه المزاد إعمالاً لأحكام الالتصاق ٠

فإذا انتقلت ملكية البناء لصاحب الأرض وهو الأصل العام في البناء أو الغرس على ملك الغير فإن الرهن ينقضى بالنسبة للبناء وينتقل حق الدائن المرتهن إلى التعويض المستحق للبانى بما له من أولوية أو تقدم أما إذا نزعت المبانى إعمالاً لنص المادة ٩٢٤ مدنى بصفة خاصة فإن للمرتهن فى هذه الحالة حق التقدم أو الأولوية على ثمن الأنقاض [٢٥] ويستنتج من ذلك أن مالك الأرض إذا اكتسب ملكية المبانى أو تهدم البناء نفسه انقضى حق الدائن المرتهن في شقه الخاص بحق التتبع بينما يجوز له الاحتفاظ بالأولوية أو بحق التقدم فيباشره إما على مبلغ التعويض الذي يؤول للبانى أو على ثمن الأنقاض إذا هدم البناء إعمالاً لأحكام البناء في ملك الغير بالمادة ٩٢٤ وبعدها مدني ٠

---

[24] إعمالاً لنص المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدني ومن قبل إعمالاً لقاعدة أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى تعتبر م نعمل صاحب الأرض اقامته على نفقته ويكون مملوكاً له م ٩٢٢ مدني ٠

[25] المذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص ٠

والنص يتعلق في نظرنا بالبناء أو الغرس على أرض الغير ، إذا كان ملكاً لغير صاحب الأرض ولو أراد المشرع عدم جواز رهن الغراس مع الأرض أو مستقلاً عنها لنص على ذلك صراحة [٢٦] ٠

ب- رهن حق الانتفاع:

١٤١- ذكرنا بأنه في العقارات المقرر عليها حق الانتفاع يجوز أن يرد الرهن على ملكية الرقبة كما يجوز أن يقع على حق الانتفاع فإذا ورد الرهن على ملكية الرقبة ثم انقضى حق الانتفاع فإن الرهن يمتد كذلك إلى حق الانتفاع بوصفه تابعاً للرقبة ٠

ومقابل ذلك لا يجوز للمالك ملكية تامة رهن الرقبة وحدها ولا رهن حق الانتفاع وحده[٢٧] ٠ كذا يجوز للمنتفع رهن حق الانتفاع متى كان مقرراً على عقار على أن الرهن في هذه الحالة يتبع الانتفاع في مصيره بحيث ينقضي الرهن بانتهاء مدة الانتفاع وينقضي في كل الحالات بموت المنتفع إعمالاً لنص المادة ٩٩٣ مدني أما إذا انقضى الانتفاع بحكم القضاء لإساءة المنتفع استعمال الشيء أخذاً من نص المادة ٢/٩٨٨ مدني فإن ذلك لا يخل بحق الدائن المرتهن ، فيعود حق الانتفاع إلى مالك الرقبة محملاً بما عليه من حق الرهن ٠

---

26 عكس ذلك / البدراوى / ص ٢٥ / بند ١٨ وتفاصيل أخرى ، منصور / ص ٤٩ / تناغو / ص ٢٠٠ ٠
27 باعتبار أن وجود حق الانتفاع يرتبط بمال الغير ٠

ويجوز للدائن المرتهن الحجز على حق الانتفاع وبيعه بالمزاد العلنى واستيفاء حقه من ثمنه وينطبق الحكم السابق إذا انقضى حق الانتفاع بنزول المنتفع عنه لمالك الرقبة شريطة أن يكون الرهن قد تقر قبل تسجيل النزول من قبل المنتفع ·

وإذا انقضى الانتفاع باتحاد الذمة وهو الفرض الذي يتحقق إذا رهن المنتفع حقه ثم آلت إليه ملكية رقبة العقار فلا يتأثر حق الدائن المرتهن ، برغم انقضاء حق الانتفاع [٢٨]·

ثانياً- أن يكون العقار مما يصح بيعه استقلالاً بالمزاد العلنى :

ورد النص على هذا الشرط بالفقرة الثانية للمادة ١٠٣٥ مدني بقولها ··· ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى [٢٩]

وتفريعاً على ذلك لا يجوز رهن الأموال العامة ولا رهن الأموال الموقوفة كذا لا يجوز – في نظر البعض – رهن المال المقيد بشرط المنع من التصرف[٣٠] ·

[28] كون حق الانتفاع لا يظهر في الملكية التامة كما ذكرنا ·
[29] عكس ذلك ضمناً · توفيق فرج / ص ١٠٨ / بند ١٠٢ ، وبند ١٠٣ ·
[30] في هذا الرأى البدراوى / ص ٢٦ هـ (٢) ومرقس / ص ٢٧ / ص ٣٨ / · ومنصور /ص ٢٦ / بند ١١ ويستند البعض في ذلك لتبرير الفرق بين ما يجوز التعامل فيه وما لا يجوز بيعه بالمزاد العلنى / البدراوى / مرجع وموضع سابقين ·

كذا فإن ما لا يصح بيعه استقلالاً لا يصح رهنه ومثال ذلك حق الارتفاق لا يمكن بيعه بالمزاد مستقلاً عن العقار لذا لا يجوز رهنه كما لا يجوز رهن الرهن الرسمي حيث لا يمكن بيعه مستقلاً وكل ما للدائن المرتهن إن أراد الحصول على ائتمان الحق في رهن الدين المضمون رهناً حيازياً إلى آخر على أن يكون للأخير من التأمين العينى الذى يضمن الدين المرهون بما في ذلك حق الرهن الرسمي الضامن له ولا يجوز – لذات العلة – رهن الرهن الحيازى ولا رهن حقوق الامتياز ٠

ولا يجوز رهن حق الاستعمال وحق السكنى الواردين على عقار باعتبار أنهما من الحقوق الشخصية التى لا يجوز كقاعدة عامة النزول عنها ٠

والحكمة من الشرط المذكور لا تخفى لأنه إذا لم يكن ممكناً بيع العقار استقلالاً بالمزاد العلنى فإن الغرض من الرهن لا يتحقق من حيث إمكان استيفاء الدائن لحقه من ثمن العقار بعد بيعه باعتبار أن العقار المرهون ضامن للوفاء بالدين إذا لم يقم به المدين في الميعاد المحدد وهو أمر لا يتحقق إلا إذا كان العقار مما يصح بيعه استقلالاً بالمزاد العلني فهو شرط وثيق الصلة بالغرض

من الرهن الرسمي وهذا الشرط لا يتحقق إذا كان العقار مما لا يجوز التعامل فيه إطلاقاً أو كان بيعه بالمزاد العلني محظور [31] •

ثالثاً- أن يكون العقار المرهون موجوداً أو قابلاً للوجود :

١٤٣- قدمنا بأنه ورد نص خاص بالقانون المدني يبطل رهن المال المستقبل – المادة ٢/١٠٣٣ مدني ، ولولا هذا النص لأمكن تطبيق القواعد العامة التي تجيز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (المادة ١/١٣١ مدني) [32] •

والمال المستقبل قد يكون غير موجود فعلاً وقت إبرام العقد إنما من المحتمل وجوده فيما بعد ومن ذلك بناء يزمع الشخص إقامته أو حاصلات زراعية لم تغرس بعد ولذا يجوز للمدين أخذاً من القواعد العامة رهن بناء يقيمه مستقبلاً شريطة أن يحدد ها البناء تحديداً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وإلا بطل الرهن استناداً إلى قاعدة أخرى هي عدم تخصيص الرهن •

وتفريعاً على ذلك إذا رهن شخص ما عسى أن يؤول إليه مستقبلاً من أموال عقارية بدون تحديد فإن الرهن يكون باطلاً ليس باعتباره رهناً لمال مستقبل وإنما لمخالفة مبدأ تخصيص الرهن – المادة ٢/١٠٣٥ مدني •

---

[31] توفيق فرج / ص ١٠٩ / بند ١٠٣ •

[32] على عكس قانون التأمينات العينية السابق / م٥ / وعلى عكس المادة ١/١٣١ مدني واستند المشرع في حظر رهن المال المستقبل إلى اعتبارات حماية المدين الراهن من اندفاعه وعدم تبصره بخطورة ما يقدم عليه من رهن الأموال المستقبلة وحتى لا يقع ضحية لاستغلال المرابين " •

وسنرى أن المشرع قد طبق ذات القاعدة بالنسبة للرهن الحيازى فلم يجز رهن المال المستقبل رهناً حيازياً [٣٣] والفرق بين الرهن الرسمى والرهن الحيازى أن الثانى عكس الأول لا يخضع لقاعدة التخصيص بما يقطع بعدم التعارض بين التخصيص ورهن المال المستقبل •

رابعاً – أن يكون العقار المرهون مملوكاً للراهن :

١٤٤ـ أخذاً من نص المادة ١/١٠٣٣ مدني إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن •

ومفاد النص أن الأصل العام ملكية الراهن لما يرهن فالشخص لا يستطيع أن يقرر رهناً على ما لا يملكه ولا يستطيع أن يقرر رهناً على ما يملكه ولا يستطيع أن يقرر رهناً على أكثر مما يملكه [٣٤] فإذا صدر الرهن من غير مالك العقار فالأصل عدم نفاذه في حق المال ما لم يقره أو ما لم يتملك الراهن العقار

33 فبعد أن أبطل المشرع رهن المال المستقبل رهناً رسمياً بالفقرة الثانية للمادة ١٠٣٣ مدني أحال بشأن أحكام الرهن الحيازى للنص المذكور فدل ذلك على عدم جواز رهن المال المستقبل رهناً حيازياً •

34 ولا مقابل لهذا النص في القانون الفرنسى / بلانيول وريبير / المطول / ج ١٢ / بند ٤٢٠ وإن ورد النص بالمادة ٢١٢٩ مدني على وجوب تملك الراهن للعقار المرهون إنما بصورة ضمنية وغير مباشرة ومن الفقه من يرى أن رهن ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً / السنهورى / بند ١٣٨ / عبد الفتاح عبد الباقى والبدراوى / بند ٢٢ / عكس ذلك جمال زكى / بند ٩٨ ويثرى أنه غير نافذ في مواجهة المالك قبل القضاء بإبطاله / ص ١٩٣ •

المرهون بهد العقد ويستثنى من ذلك ما ورد بنص المادة ١٠٣٤ مدني [35] فيما يتعلق برهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعى والرهن الصادر من المالك الظاهر .

١٤٥- وسوف نعرض بداية لحكم رهن ملك الغير ثم استثناءات أخرى ترتبط بملكية الراهن لما يرهن على التفصيل الآتى:

أولاً- رهن ملك الغير:

١٤٦- لبيان حكم رهن ملك الغير يتعين التمييز بدقة بين أثره في علاقة طرفيه " المرتهن والراهن " وأثره في مواجهة المالك الحقيقى :

١- حكم رهن ملك الغير فى علاقة طرفيه :

١٤٧- رهن ملك الغير صحيح غير باطل في العلاقة بين المرتهن والراهن ومن شان ذلك أن يرتب كافة الآثار الشخصية التى يرتبها عقد الرهن دون الآثار العينية ومع ذلك يجوز للمرتهن أخذاً من القواعد العامة أن يطلب إبطال الرهن على أساس الغلط كونه مثلاً يجهل وقت إبرام عقد الرهن عدم ملكية الراهن للعقار المرهون إنما لا يجوز للدائن المرتهن – مبدئياً – طلب الإبطال لمجرد أن الرهن يرد على عقار مملوك للغير كذلك يجوز للراهن التمسك

[35] ونصها ، أنه " يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن ، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن " وانظر لاحقاً / بند ١٥٣ وبعده .

بإبطال عقد الرهن إذا كان لا يعلم أنه يرهن ملك الغير إذا كان المرتهن واقعاً في نفس الغلط أو كان من السهل عليه أن يتبينه •

- كذا يجوز للدائن المرتهن طلب فسخ عقد الرهن لعدم تنفيذ الراهن لالتزامه بترتيب الآثار العينية للرهن " إنشاء حق الرهن الرسمى إعمالاً للقواعد العامة"

٢- حكم رهن ملك الغير في مواجهة المالك الحقيقى :

١٤٨- إذا كان رهن ملك الغير صحيحاً بين طرفيه كما قدمنا – فإنه غير نافذ في مواجهة المالك الحقيقى للعقار بوصفه من الغير أخذاً من القواعد العامة في نسبية أثر العقد – المادة ١٤٥ مدني وباعتبار أن العقود لا تنفع ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما – المادة ١٥٢ مدني•

- ولما كانت الحكمة في عدم نفاذ رهن ملك الغير قبل المالك الحقيقى عدم ملكية العقار فترتيباً على ذلك يعتبر رهن ملك الغير نافذاً في مواجهته إذا انتفت الحكمة المذكورة – ويتحقق ذلك في فرضين:

الأول: إقرار المالك للرهن بورقة رسمية وفقاً للقانون •

الثانى: تملك الراهن للعقار المرهون لاحقاً على التفصيل الآتى:

١- إقرار المالك للرهن :

١٤٩- قدمنا بأن رهن ملك الغير صحيح فيما بين المتعاقدين وغير نافذ في مواجهة المالك الحقيقى ما لم يقره وبالإقرار ينشأ حق الرهن الرسمى وبدونه لا ينشأ الرهن .

وبديهى أن يصدر الإقرار قبل قيام المرتهن برفع دعوى الإبطال أو الفسخ على النحو الذي بسطناه وفى كل الحالات فإن الإقرار ينتج أثره من تاريخه . فلا يكون له أثر من تاريخ إبرام عقد الرهن وبذا فإن الإقرار لا يضر بالحقوق التى كسبها الغير من المالك الحقيقى في الفترة بين إبرام عقد الرهن وصدور الإقرار وتفريعاً على ذلك إذا كان المالك الحقيقى للعقار قرر عليه رهناً وحقاً عينياً آخر ثم شهره قبل صدور الإقرار فإن إقرار المالك الحقيقى للعقد لا يؤثر في حق الغير وإذا كان الدائن المرتهن سبق إلى قيد الرهن قبل شهر حق الغير فلا يكون الرهن في حقه نافذاً .

- ويشترط النص المذكور أن يصدر إقرار المالك الحقيقى بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون وهذا الشرط يتسق واشتراط الرسمية في انعقاد العقد حماية للمالك [٣٦] .

---

[36] باعتبار الإقرار لا يرد إلا على عقد صحيح وبه يضيف المقرد آثار العقد إليه انظر الزقرد / ص ٢٧٢ / بند ٣١٥ " في بيع ملك الغير " .

٢- تملك الراهن للعقار المرهون:

١٥٠- إذا تملك الراهن العقار الذي رهنه ترتب الأثر العينى للرهن " ينشأ حق الرهن الرسمى من تاريخ اكتساب الرهن ملكية العقار المرهون " ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أنه إذا كان المالك الحقيقى للعقار قد رتب عليه للغير حقاً عينياً قبل انتقال ملكيته للراهن فإنه يمكن الاحتجاج بهذا الحق العينى في مواجهة الدائن المرتهن .

ثانياً- استثناءات:

١٥١- وقد استثنى المشرع من قاعدة عدم نفاذ الرهن الصادر من غير مالك العقار ما لم يقره الأخير أو ما لم يتملكه الراهن عدة استثناءات ، الأولى ورد النص عليها صراحة رعاية للدائن المرتهن حسن النية ، والثانية أوردها الفقه تأسيساً على مبدأ الغلط الشائع يولد الحق .

الاستثناء الأول- رهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعى:

نص قانونى وتعليق :

١٥٢- ورد النص على الاستثناء المذكور بالمادة ١/١٠٣٤ مدني وبمقتضاه يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال

سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر إذا كان هذا الدائن المرتهن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن .

- فالنص على ما يبين من عبارته قد استثنى الرهن الصادر من غير المالك الحقيقى من قاعدة عدم نفاذ الرهن وتفسير ذلك أن مقتضى الأثر الرجعى لبطلان أو فسخ العقد اعتبار الراهن غير مالك في الوقت الذي أبرم فيه عقد الرهن وعليه يكون الرهن الصادر منه غير نافذ في مواجهة المالك الذي عاد إليه ملكية العقار فيعود خالصاً من أى رهن كأصل عام وقد خرج المشرع على الأصل العام رعاية للدائن المرتهن حسن النية الذي كان يجهل وقت الرهن وجود سبب من أسباب زوال الملكية بأثر رجعى حماية له من جهة وتدعيماً للائتمان وتشجيعاً عليه من جهة أخرى .

ويشترط لتطبيق الحكم الوارد بالمادة ١٠٣٤ مدني ما يأتى :

١- أن يكون الراهن وقت إنشاء الرهن مالكاً :

١٥٣- وعليه فإن الراهن إن لم يكن مالكاً للعقار المرهون وقت إنشاء الرهن الصادر منه انطبق عليه الحكم العام في رهن ملك الغير وإذا استند الراهن في ملكيته للمرهون إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً اعتبر عقده صادراً من غير مالك وينطبق الحكم ذاته إذا كان عقده قابلاً للإبطال ثم تقرر إبطاله قبل إنشاء الرهن

اعتبارا بأن العقد القابل للإبطال كالعقد الصحيح إلى أن يتقرر إبطاله وكالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً بعد الحكم بالإبطال ٠

- وإذا استند الراهن في ملكيته للمرهون إلى عقد عرفى لم يسجل كان رهنه صادرا من غير مالك باعتبار أن الملكية في العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل وبأن العقد العرفى غير المسجل لا يولد سوى التزامات شخصية بين المتعاقدين ويتحقق نفس الحكم إذا كان الراهن مجرد حائز لا مالك للمال المرهون[37]٠

٢ - زوال ملكية العقار بأثر رجعى :

١٥٤- من ذلك مثلاً أن يكون المدين الراهن قد تلقى الملكية بعقد صحيح قضى بفسخه أو تلقى الملكية بعقد قابل للإبطال ثم تقرر إبطاله ٠

- والأصل تطبيق المبادىء العامة في أثر الفسخ أو الإبطال أى زوال الرهن الذي رتبه الراهن على العقار قبل تقرير الإبطال أو الحكم في الفسخ تبعاً لزوال سند ملكيته بأثر رجعى٠

ومع ذلك تقرر حماية للدائن المرتهن حسن النية بقاء الرهن ضماناً لحقه خروجاً عن قاعدة الأثر الرجعى للفسخ أو البطلان والنص المذكور صريح ببقاء الرهن قائماً حماية للدائن المرتهن حسن النية إذا انحل سند المدين الراهن

---

[37] البدراوى / ص ٣٥ / بند ٢٥ ٠

بإبطال أو فسخ أو زوال الملكية لأى سبب آخر بما يقطع بأن الحماية تشمل رجوع الواهب في الهبة أو تحقق الشرط الفاسخ إذا كان سند الرهن معلقاً على شرط فاسخ[38] وغير ذلك من أسباب زوال الملكية بأثر رجعى والمهم أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام الرهن على التفصيل الآتى:

٣- أن يكون الدائن المرتهن حسن النية :

١٥٥- يكون الدائن المرتهن حسن النية إذا كان جاهلاً السبب الذي يهدد سند ملكية الراهن بالزوال شريطة ألا ينبنى جهله على خطأ جسيم إعمالاً لقاعدة أن الخطأ الجسيم يعادل الغش وتأكيداً لذلك وتفصيلاً له ، حكم " بأنه ليس معنى حسن النية أن يجهل الدائن المرتهن ما في مصلحته أن يعرفه بل أن يفشل في معرفة الحقيقة بالرغم من بذل محاولات جدية لاستقصائها • وبعبارة أخرى الدائن حسن النية هو الذي بالرغم من تعمقه في بحث سندات المدين كان ضحية المظاهر الخادعة التى كانت تحيط بهذه المستندات[39] وعليه فإن الدائن المرتهن لا يعتبر حسن النية في معنى المادة ١٠٣٤ مدني إن لم يبذل في معاملته عناية

[38] توفيق فرج / ص ١١٨/ بند ١١٣ وسنعود لهذه المسألة حالاً / ص / بند جمال زكى ص ٨٨/ بند ٩٧ فيما أشرنا إليه عبد الفتاح عبد الباقى / هـ (٢) والواقع في اعتقادنا أن المشرع خص الإبطال والفسخ بالذكر بصفها محض أمثلة لزوال العقد بأثر رجعى بدليل عبارة النص " أو لأى سبب آخر " تفاصيل أخرى في شكرى سرور / ص ٣٢٢/ بند ٤٨٤ أخذاً من صريح النص •

[39] استئناف مختلط ١٩٣٠/١/٢ مجلة التشريع والقضاء المختلط / س ٤٨ / ص ١٤٦ مشار إليه في جمال زكى / ص ١٨٥ / هـ (٦) واخترنا الحكم المذكور لصلاحيته للتطبيق في الوقت الحالى •

الشخص المعتاد ... ومن ذلك مثلاً عدم الإطلاع على سندات ملكية الراهن أو عدم طلب مستندات الملكية أصلاً ... الخ .

ولا ينطبق الحكم الاستثنائي المقرر بالمادة المذكورة، إذا كان الدائن يعلم بسبب إبطال العقد الذي تلقى به الراهن الملكية أو يعلم سبب الفسخ كعدم دفع الراهن الثمن أو بقية الثمن[40] . وفي كل الحالات فالقاعدة أن حسن النية مفترض في الدائن المرتهن ، وعلى من يدعى العكس إثباته .

٤ـ أن يكون الدائن المرتهن، قيد الرهن قبل زوال سند ملكية الراهن :

١٥٦ـ لم يرد هذا الشرط بصريح نص المادة ١٠٣٤ مدني ويجب تطبيقه مع ذلك إعمالاً لنص المواد من ١٥ إلى ١٧ من قانون الشهر العقارى[41] وبمقتضاها يتعين قيد الرهن قبل تسجيل صحيفة الدعوى التى طعن بها المدعى في سند ملكية الراهن أو قبل التأشير بها وتفسير ذلك أن " المدعى " في هذه الحالة يعتبر من الغير فلا يحتج في مواجهته بالرهن إلا إذا كان مقيداً قبل زوال سند ملكية الراهن .

---

40 إذا كان الجزء الأكبر من الالتزام .

41 وتفاصيل أخرى في الزقرد / ص ١٣٢ / بند ١٣٨ .

الاستثناء الثانى – الرهن الصادر من المالك الظاهر :

١٥٧- قد يظهر شخص على العقار المرهون بمظهر المالك ومن ذلك مثلاً الوارث الظاهر والمالك بسند صورى فإذا رتب من ظهر بمظهر المالك رهناً على العقار وكان الدائن المرتهن حسن النية على النحو الذى بسطناه أمكنه التمسك بالرهن ٠

١- الوارث الظاهر

١٥٨- نسارع إلى التنويه – في البداية – بأن الوارث الظاهر شخص غير وارث حقيقة وينظر إليه عموماً بأنه الوارث الحقيقى يحدث ذلك حين تؤول التركة إلى وارث ثم يظهر بعد فترة وجود وارث آخر يحجبه عن الميراث[42] فإن رهن الوارث الظاهر عقاراً من التركة فرهنه صادر – ولا ريب – عن غير مالك ولذا تنطبق عليه أحكام رهن ملك الغير ولم يرد نص بالقانون ينظم هذه المسألة ومع ذلك فإن الفقه على أن الرهن الصادر من الوارث الظاهر يأخذ حكم الرهن الصادر من المالك الحقيقى حماية للدائن المرتهن حسن النية وتشجيعاً للائتمان فيعود العقار المرهون للمالك الحقيقى محملاً بالرهن[43] ٠

---

[42] أخذاً من قواعد الحجب في الميراث في فقه الشريعة الإسلامية ٠

[43] السنهورى / ج ١٠ / بند ١٤٠ – وعكسه جمال زكى /ص ١٩٤ / هـ ٨ ٠

- ونرى مع الرأى السائد ضرورة حماية الدائن حسن النية من الوارث الظاهر بتقرير أن الرهن الصادر عنه ينفذ في مواجهة الوارث الحقيقى حماية للثقة المشروعة التى تولدت في الدائن المرتهن حسن النية إعمالاً لقاعدة أن الغلط الشائع يولد الحق Error Communis facit jus خصوصاً وأن ثمة تطبيقات عدة تؤكد حماية المشرع للأوضاع الظاهرة وآية ذلك النيابة الظاهرة بالمادة ١٠٦ مدني والوفاء للدائن الظاهر بالمادة ٣٣٣ مدني ٠

٢ـ الرهن الصادر ممن تملك بسند صورى :

١٠٩ - إذا تملك شخص العقار بسند صورى ثم رهنه فإن للدائن المرتهن حسن النية التمسك بالعقد الظاهر حتى يمكنه الاحتجاج بالرهن في مواجهة المالك الحقيقى إعمالاً لما ورد بالمادة ١/٢٤٤ مدني بأنه إذا أبرم عقد صورى كان لدائنى كل من المتعاقدين وللخلف الخاص لأى منهما أن يتمسكوا بالعقد الصورى كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم وإعمالاً للنص إذا كان البيع الصادر للراهن والذى تلقى به العقار المرهون بيعاً صورياً أمكن للدائن المرتهن التمسك بالعقد الصورى وعندها يبقى الرهن قائماً ٠ وإذا صدر الرهن من البائع الصورى كان للدائن المرتهن إثبات صورية البيع حتى يثبت بأن الرهن صادراً ممن يملكه ٠

المطلب الأول

الرسمية في عقد الرهن

أولاً- هل يجب أن يصاغ رضاء المرتهن في الشكل الرسمي؟ [44]

١٦٠- إذا حصل رضاء الدائن المرتهن ، والمدين الراهن في آن واحد كما هو الغالب عملاً فإن الورقة الرسمية تشتمل على الرضاء المتبادل لكل من طرفي عقد الرهن وإنما يثور التساؤل في الحالة التي لا يحصل فها تبادل الرضا في سند واحد وإنما على فترتين متتاليتين فهل يشترط ثبوت كل من رضاء المرتهن والراهن في ورقة رسمية؟ الواقع أن الإجابة على التساؤل المذكور ترتبط بالإجابة على تساؤل سابق عمن هو الشخص الذي تقررت الرسمية حماية له؟ [45] ونبادر إلى القول في البداية بأن الراهن هو الذى تقررت الرسمية حماية له وبذا يجب أن يكون رضاء الراهن في شكل رسمي .

وعليه لا ينعقد الرهن إذا حصل الرضى في ورقة عرفية [46] أما بالنسبة للدائن المرتهن فهو يفيد فائدة محضة من الرهن ومن ثم فإن الرهن ينعقد صحيحاً

[44] السنهوري / ص ٢٨١ / بند ١٢٤ وتناغو /ص ١٤١/ بند ٦٠ - والبدراوي / ص ٦٠ / بند ٤٦ /هـ (نقلا عن شمس الدين الوكيل " نظرية التأمينات في القانون المدني " ١٩٥٩ / ط (٢) / ص ١٧٠ / بند ٥٤ .
[45] ومن الفقه من ربط بين الرسمية وقواعد الإيجاب والقبول لانعقاد الرهن ورتب تفريعا على ذلك ضرورة إفراغ رضا طرفي العقد في الشكل الرسمي ، توفيق فرج / ص ١٣٣/ بند ١٢٤ وحجة أخرى مأخوذة من مبدأ التخصيص " ونص المادة ١٠٣١ مدني / ونبيل سعد / ص ٧٥٢ / بند ٥٢ .
[46] من هذا الرأى السنهوري / ص ٢٨١ / بند ١٢٤ / البدراوي / بند ٤٦ / تناغو /ص ١٤١/ بند ٦٠ .

ولو جاء رضاه بورقة عرفية ، أو أبدى قبوله للرهن ضمناً لمجرد تقدمه طالباً إجراء القيد ٠

وقد يحتج على ذلك بما ورد بالنص بالمادة ١٠٣١ مدنى بأنه لا يتعقد الرهن الرسمى إلا إذا كان بورقة رسمية الأمر الذي قد يفهم منه بأن رضاء المتعاقدين معاً يجب أن يتم في ورقة رسمية فالنص قد أشار إلى الحالة الغالبة في العمل وهى كما ذكرنا - عندما يكون رضاء الراهن والمرتهن في سند واحد في آن واحد فإن اختلف السند والوقت اشترطت الرسمية لمن شرعت حماية له من المتعاقدين والمؤكد أن الرسمية مقررة لحماية الراهن ورغبة من المشرع في تنبيهه لخطورة التصرف الذي هو مقدم عليه فلعله يتروى من قبل أن يبرم العقد ٠ ولا نصل حد القول أن الرسمية لا تحقق فائدة للدائن المرتهن فالعقد الرسمى يعتبر بذاته سنداً تنفيذياً يخوله طلب التنفيذ الجبرى دون حاجة لاستصدار حكم بما يشجع على الائتمان ويحافظ على استقراره ٠

ثانياً- الجزاء على تخلف الرسمية :

١٦١- ذكرنا بأن تخلف الرسمية يؤدى إلى بطلان عقد الرهن بطلاناً مطلقاً فلا يصلح العقد لإنشاء التزام بتقرير الرهن يمكن تنفيذه تنفيذاً جبرياً على المدين عن طريق استصدار حكم بصحة الرهن ونفاذه[٤٧] .

وإذ نؤكد بأن الرهن الباطل لتخلف الرسمية لا يرتب أى أثر من حيث اعتباره منشئاً لحق الرهن فإن التساؤل يظل قائماً م عذلك بصدد اعتبار الرهن الباطل لتخلف الرسمية ينشىء التزاماً على الراهن بإبرام العقد الموعود به بحيث إذا لم ينفذ التزامه أمكن اعتباره وعداً بالرهن أخذاً من القواعد العامة للوعد بالتعاقد[٤٨] فإن كانت الإجابة بالإيجاب فمعنى ذلك أن عقد الرهن إذا تخلف فيه الشكل الذي يتطلبه القانون بأن تم في ورقة رسمية أو لم يتضمن تخصيص المرهون والدين المضمون يكون له قوة الوعد الرسمى بالرهن ويرتب آثاره ؟

وغنى عن البيان أن الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا الطرفين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها – المادة ١٠١/١ مدني وإذا

[47] مرقس / بند ٦٣ – البدراوى / بند ٤٥ – وسابقاً / ص ١٠٧ / بند ١٢٤ . فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً منعدم ، ولا أثر له Nul, et nul effect .

[48] المادتان ٧٢ ، ٧٣ ، والزقرد / ص ٦٨ / بند ٧٠ .

اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد . وعليه لا يوجد وعد بالرهن ما لم يتعين جميع المسائل الجوهرية لعقد الرهن من حيث العقار المرهون والدين المرهون والمدة التى يتعين على المستفيد إبداء الرغبة في إبرام العقد وكذا الشكل الذي يستلزمه القانون لإبرام عقد الرهن أى " الرسمية والتخصيص " فإذا وجد الوعد بالرهن الرسمى بتوافر شرائطه الموضوعية والشكلية على النحو الذى بسطناه ونكل الواعد على إبرام العقد الموعود به خلال المدة المحددة جاز للدائن أن يلجأ للقضاء لإصدار الحكم بصحة الرهن ونفاذه فيقوم الحكم مقام العقد أخذاً من نص المادة ١٠٢ مدني فإذا وجد الوعد بالرهن وتخلف فيه الرسمية التى يتطلبها القانون فإنه لا يجوز للدائن المرتهن أن يطلب التنفيذ العينى للالتزام أى لا يجوز له الإفادة بما ورد بنص المادة السابقة والقول بغير ذلك يؤدى إلى الإفلات من الشكل الذى يستلزمه القانون أن يعدل المتعاقدين عن إبرام العقد الذي يراد الإفلات من القيود الخاصة بشكله ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد لا يستوفى فيه الشكل المفروض ثم يستصدرا حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما وبذلك تتاح لهما أن يصلا بطريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها.

ومع ذلك فالوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلواً من أى أثر قانونى إذا لم يستوف ركن الرسمية " فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلاً فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية ، طبقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقود وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذي يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به ٠ فالوعد العرفى بالرهن الرسمى ، وإن كان لا يصلح بذاته سنداً للتنفيذ العينى على النحو المبين بالمادة ١٠٢ مدني لتخلف الرسمية إلا أنه ينطوى على تعهد من جانب الواعد بتقديم تأمين، إذا نكل عنه جاز الحكم عليه بالتعويض ، أو سقوط أجل الدين[49] .

ثالثاً- اشتراط الرسمية في التوكيل بالرهن :

١٦٢- نصت المادة ٧٠٠ مدني على أنه يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره فى التصرف القانونى محل الوكالة ٠ ولما كان الشكل الواجب توافره في عقد الرهن يشتمل على الرسمية، والتخصيص على ما ذكرنا – فإنه

[49] وتأييداً لذلك السنهور / ص ٢٨٩ / بند ١٣٠ – مرقس / ص ١١٦ / بند ٦٩ / تناغو / ص ١٤٧ / بند ٦٣ – توفيق / ص ١٣٤ / بند ١٢٥ .

يجب تبعاً لذلك ،أن يكون التوكيل بالرهن ورقة رسمية ، وأن يشتمل على بيانات معينة فيما يتعلق بالعقار المرهون وبالدين المضمون ٠

ونلفت النظر بأن الرسمية والتخصيص ، شرطان في التوكيل بالرهن عن الراهن ٠ فإن صدر التوكيل من المرتهن ، فلا يشترط فيه الرسمية ولا التخصيص ،اتساقاً والحكمة التى تكررت لأجلها الرسمية وهى حماية الراهن، أما المرتهن فإن الرهن يعتبر عملاً نافعاً نفعاً محضاً ، فلا يشترط في الرسمية لرضاءه ٠ وعليه، يصح أن يكون التوكيل من المرتهن بورقة عرفية[٥٠] ٠

[50] كما يصح أن يقبل الرهن فضولى ، شريطة أن يقر الدائن قبول الفضولى أخذاً من نص المادة ٢٧٠ مدني " إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى ، سرت قواعد الوكالة ، فيشترط الرسمية في رضاء المدين الراهن وحده حملاً على الحكمة منها ٠

المطلب الأول

تخصيص الرهن

١٦٣- قدمنا بأن الشكلية في الرهن الرسمى تشتمل على الرسمية فى تحرير العقد ، والتخصيص في العقار المرهون ، والدين المضمون ٠ ولذا، فالتخصيص في عقد الرهن شرط شكلى ٠

والحكمة من التخصيص، كالحكمة من الرسمية ، حماية المدين الراهن على سند من القول بأن تخصيصه للعقار المرهون في عقد الرهن إلى جانب تخصيص الدين المضمون يضمن عدم إفراطه في الرهن فيرهن العقارات الكافية لضمان الدين دون زيادة ٠ والغالب أن يقع التخصيص في عقد الرهن الرسمى ذاته، وإن أمكن وقوعه في محرر لاحق شريطة أن يكون هذا المحرر رسمياً غير أن العقد لا يعتبر – في هذا الفرض – موجوداً إلا من تاريخ هذا التخصيص لا من وقت عقد الرهن السابق ٠

وأخذاً من نص المادة ٦٧٩ مدنى ، محمولاً على نص المادة ١٠٤٠ مدني يمكن القول بأن مبدأ التخصيص يشتمل على تخصيص الرهن ، وينصرف إلى العقار المرهون ، والدين المضمون٠

أولاً- تخصيص العقار المرهون :

١٦٤- إعمالاً لما ورد بالمادة ١٠٣٥/٢ مدني ، يجب أن يكون العقار المرهون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً ، من حيث طبيعته ، وموقعه في عقد الرهن ذاته ، أو في عقد رسمي لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلاً ...

ونلفت النظر بأن قاعدة تخصيص الرهن ليست تطبيقاً للقاعدة العامة في تعيين محل الالتزام ويكفى للدلالة على ذلك ، أن محل الالتزام ممكن أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وتخصيص الرهن يعنى وجوب أن يكون العقار المرهون معيناً ، ولا يكفى أن يكون قابلاً للتعيين . كما أن التعيين في محل الالتزام ، يتحقق إذا كان نافياً للجهالة وبينما لا يكفى ذلك في تخصيص العقار المرهون ، إنما يجب ذكر بيانات معينة عن ، طبيعته، وموقعه ، فالتخصيص أبعد مدى ، وأوسع نطاقاً من مجرد تعيين محل الالتزام في العقد .

والمهم أن تخصيص العقار المرهون يتم ، وفقاً للمادة ١٠٣٥ مدنى بوصف العقار وصفاً دقيقاً من حيث طبيعته ، وموقعه في الورقة الرسمية أو في ورقة رسمية لاحقة وعلى أية حال ، فإن تحديد ما إذا كان وصف العقار كافياً ، أو غير كاف مسألة موضوعية ، يترك تقديرها لمحكمة الموضوع بدون رقابة محكمة النقض .

ثانياً - تخصيص الدين المضمون

١٦٥- أو جبت المادة ١٠٤٠ مدني أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهى إليه هذا الدين ، إذا تقرر الرهن ضماناً لدين معلق على شرط واقف ، أو دين مستقبل أو دين احتمالى ، أو ضماناً لاعتماد مفتوح أو لحساب جار . وذهب الرأى الغالب ، بأن النص يشتمل على قاعدة، تطبق على الدين المضمون، أياً كانت طبيعته ، خصوصاً ، وأن جميع الالتزامات يجوز ضمانها بالرهن ، أياً كان وصفها [51] .

يخصص الدين المضمون إذن بتحديد مصدره ، ومقداره، فإن كان الدين المضمون ديناً مستقبلاً ، أو ديناً احتمالياً ، أو تقرر لضمان فتح اعتماد أو لفتح حساب جار ولم يمكن تحديد مقداره بدقة ، وجب تحديد الحد الأقصى الذى ينتهى إليه الدين ، ويجوز أن يتم تخصيص الدين المضمون بالرهن على ما رأينا في عقد الرهن ذاته ، أو في ورقة رسمية لاحقة .

والحكمة من تخصيص الدين في عقد الرهن أو في ورقة لاحقة لا تخفى إذ نلفت نظر المدين الراهن إلى الموازنة بين مقدار الدين ، والعقار الضامن، وبين الغير من الدائنين لمرتهنين للمدين الراهن إلى مركز العقار الفعلى وقيمته الائتمانية ، حيث لا يكفى أن يعلم هؤلاء أن العقار مرهون .

---

[51] سواء كانت منجزة أو غ ر منجزة ، محددة أو احتمالية .

والمهم أنه إذا لم يتضمن العقد الرسمى أو الورقة الرسمية اللاحقة تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون ومن حيث الدين المضمون فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لتخلف شرط التخصيص ، وهو فيما قدمنا – شرط شكلى لازم لانعقاد الرهن ٠

وبعبارة أخرى فإن العقد الباطل لعدم التخصيص يجرى عليه حكم العقد الباطل لتخلف الرسمية ٠

الفصل الثانى

الفصل الثانى

آثار الرهن الرسمى

تمهيد وتقسيم:

١٦٦- إذا توافرت شرائط الرهن الموضوعية والشكلية على النحو الذى بسطناه ترتبت آثاره فيما بين طرفيه ، أما بالنسبة للغير فإن آثار الرهن لا تسرى إلا إذا اتخذت الإجراءات اللازمة لشهره بطريق القيد.

وتتحصل آثار الرهن فيما بين طرفيه ، في التزامات تقع على عاتق المدين الراهن ، وسلطات للدائن المرتهن ، بينما آثاره في مواجهة الغير تتمثل في حق التقدم أو الأفضلية وحق التتبع .

١٦٧- وعليه نوزع دراستنا في آثار الرهن الرسمى على مبحثين

١- **الأول في** آثار الرهن فيما بين طرفيه .

٢- **والثانى** لآثار الرهن في مواجهة الغير .

المبحث الأول

آثار الرهن فيما بين طرفيه

تمهيد وتقسيم :

١٦٨- قدمنا بأن انعقاد الرهن الرسمى بتوافر شرائطه جميعاً يرتب آثاره فيما بين الراهن والمرتهن ، فيلتزم الراهن فضلاً عن إعطاءه حق الرهن بضمان سلامة الرهن ، وبضمان حق الدائن المرتهن وعدم إضعافه ، بينما لا يلتزم الأخير بأى التزام باعتبار أن الرهن عقد ملزم لجانب واحد ،

ومقابل ذلك يمنح الرهن ، للمرتهن سلطات مستمدة من طبيعته المزدوجة كدائن عادى " على مجموع أموال المدين إعمالاً لنص المادة ٢٣٤ مدني ... ودائن مرتهن على المال المرهون بالمادة ١٠٥١ مدني ،

١٦٩- مكرراً- وتبعاً لذلك نعرض بداية لالتزامات المدين الراهن – **مطلب أول** – ثم لسلطات " حقوق " الدائن المرتهن – **مطلب ثان** ،

المطلب الأول

التزامات الراهن

نصوص قانونية وتقسيم :

١٧٠- نصت المادة ١٠٤٧ مدني على أنه يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك ، ثم عرض المشرع بعد ذلك في المادة ١٠٤٨ مدني للآثار المترتبة على هلاك العقار المرهون أو تلفه بخطأ من الراهن ٠ ثم لانتقال حق الدائن المرتهن إلى ما يحل محل العقار في حالة الهلاك أو التلف لأى سبب آخر كمبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة والتعويض بالمادة ١٠٤٩ مدني ٠

١٧١- ونعرض بداية لالتزام الراهن بضمان سلامة العقار – ثم التزامه بضمان الهلاك أو التلف على النحو الآتى :

الفرع الأول

ضمان سلامة الراهن :

١٧٢- التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ، معناه على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ١٠٤٧ مدني أن يمتنع عن أى عمل إيجابى أو سلبى ينقص من الضمان الذي يخوله الرهن للدائن المرتهن ٠٠٠ أى " ضمان التعرض الشخصي سواء كان مادياً أو قانونياً وضمان تعرض الغير[52] إذا كان تعرضاً قانونياً ٠

وأخذاً من النص ومذكرته الإيضاحية يبين بأن الراهن يلتزم بضمان جميع أفعاله المادية والقانونية التى من شأنها أن تنقص من الضمان الذي يخوله الرهن للدائن المرتهن فعليه أن يمتنع مثلاً عن هدم العقار المبنى كله أو بعضه أو نزع المغروسات من الأرض إذا لم يكن نزعها مما يقتضيه استغلالها كما يجب عليه أن يحافظ على العقار فلا يتركه يتهدم[53] ٠

ولا يكون للدائن المرتهن الاعتراض على ما يجريه الراهن من الأعمال إلا إذا كان من شأنها إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً أما الأعمال التى لا تنقص من الضمان على هذا النحو فإن للراهن الحق في إجرائها وعلى هذا ورد نص

[52] كما ورد بالمذكرة الإيضاحية " بأن يلتزم الراهن كما يلتزم البائع بضمان التعرض وضمان الاستحقاق / مجموعة الأعمال التحضيرية / ج ٧ / ص ٤٩ ٠

[53] و يكون له فصل الآلات والأدوات الزراعية على الأرض ويبيعها ويسلمها لمشتر حسن النية يكتسب ملكيتها خالية من الرهن إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدني ٠

المادة ١٠٤٧ مدني صريحاً في أنه للدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه أن ينقص الضمان إنقاصاً كبيراً وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق ۰ إنما لا يجوز أن يترتب على هذا الالتزام تعطيل حق الراهن في الإدارة والاستغلال ۰

كما يضمن الراهن تصرفاته القانونية إذا كانت تتعارض مع حق الدائن المرتهن أو تؤثر فيه ومن ذلك مثلاً بيع العقار المرهون أو رهنه مرة ثانية فيقوم المشترى بتسجيل العقد قبل أن يقوم الدائن المرتهن بقيد الرهن فتتعطل الرهن وإذا كان الراهن غير مالك امتنع عليه إذا اكتسب ملكية العقار المرهون أن يطلب عدم نفاذ الرهن في مواجهته على أساس صدروه من غير مالك كمحض تطبيق لقاعدة من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض qui doit garantie ne peut evincer [54] ۰

١٧٣- أما بالنسبة للتعرض الصادر من الغير فلا يضمنه الراهن إلا إذا بنى على سبب قانونى فإذا كان تعرض الغير مادياً وجب على المرتهن دفعه بنفسه ۰ وترتيباً على ذلك يضمن الراهن ادعاء الغير ملكية أو أى حق عينى لو ثبت لترتب عليه المساس بحق الدائن كأن يدعى الغير ملكية العقار المرهون أو حق انتفاع أو ارتفاق بحيث لو ثبت له ذلك كان حجة على الدائن المرتهن ۰

---

[54] الزقرد / الوجيز / ص ١٩١ / بند ٢١٦ وبعده ۰

ومؤدى التزام الراهن بضمان تعرض الغير المبني على سبب قانوني وجوب دفع الراهن ادعاء المتعرض حتى يظل الرهن قائماً غير منقوص أما إذا حكم للمتعرض في الدعوى اعتبر الراهن مخلاً بالتزامه بالضمان وبذا يثور التساؤل عن الجزاء عن الإخلال بالضمان على هذا النحو؟

ونسارع إلى التنويه في البداية بتطبيق القواعد العامة للإخلال بالالتزام التعاقدى بما في ذلك التنفيذ العينى – المادة ١/٢٠٣ مدنى أى بإزالة كل عمل أو تقصير أدى إلى إنقاص الرهن إنقاصاً كبيراً وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ٠ فإن استحال التنفيذ العينى للالتزام تعين التنفيذ بمقابل أى تعويض الدائن المرتهن عن طريق طلب تأمين تكميلى يعادل ما نقص من قيمة العقار المرهون أخذاً من حكم المادة ٢/٢٠٣ مدني ٠

وبدلاً من التنفيذ العينى والتنفيذ بمقابل يجوز الحكم على الراهن بسقوط الأجل وحلول الدين فوراً والخيار في هذه الحالة للدائن المرتهن إعمالاً لما ورد بالمادة ٢/٢٧٣ مدني لأن المدين قد أضعف بفعله التأمينات الضامنة للوفاء[55] وقد طبق المشرع القواعد السابقة على هلاك أو تلف العقار المرهون بوصفه

[55] عكس الهلاك أو التلف الذي يرجع لسبب أجنبى عن المدين الراهن فيترتب على ذلك زوال التامين أو ضعفه ولم فإذا لم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين فيكون الخيار للمدين على ما سنرى بين أن يقدم تأميناً كافياً أو يوفى الدين فوراً قبل الأجل وفى الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد فلا يكون للدائن حق إلا فى استيفاء مبلغ ما يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين ٠

صورة من التعرض المادى الصادر عن المدين الراهن في المادة ١٠٤٨/١ مدني على ما سنراه حالاً ٠

ـ وفضلاً عما تقدم يجوز للدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية لحفظ العقار ومنع النقص في قيمته ومن ذلك مثلاً طلب إقامة حارس على المال المرهون للمحافظة عليه أو الاعتراض على تصرف الراهن في أشياء تنزع من العقار المبنى حتى لا يتمسك المتصرف إليه بالمادة ٢/٩٧٦مدنى فيكتسب ملكيتها خالصة من الرهن ٠

كذا يجوز للمرتهن توقيع الحجز على ثمن الأشياء المنقولة التى تنزع من العقار تحت يد المتصرف إليه حسن النيةً أخذاً من نص المادة ١٠٤٩ مدنى باعتبار أن الدائن المرتهن يستعمل حقه على هذا الثمن الذي يحل محل المنقولات المنزوعة من العقار المرهون وفى كل الحالات، إذا انقضت قيمة العقار بسبب نزع هذه الأشياء فأصبح لا يكفى لضمان الدين كان للدائن المرتهن أن يطلب تقديم تأمين آخر أو استكمال التأمين الأول حتى يفى بضمان الدين، أو يطلب إسقاط الأجل على ما سنرى حالاً ٠

الفرع الثانى

ضمان الهلاك

نص قانونى وتعليق :

١٧٤- نصت ١٠٤٨ مدني على أنه إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً .

فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين كان المدين مخيراً أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل .

وتعرض الفقرة الأولى للنص حالة هلاك العقار أو تلفه بفعل الراهن وعليه يكون للدائن حق في اقتضاء تأمين كاف أو سقوط الأجل وحلول الدين فوراً والخيار هنا للدائن المرتهن .

أما الفقرة الثانية فقد تناولت هلاك العقار أو تلفه بسبب أجنبى لا يد للراهن فيه " بقوة قاهرة ، أو بفعل شخص أجنبى " وفى هذه الحالة يكون المدين بالخيار بين تقديم تأمين كافى أو الوفاء بالدين قبل حلول الأجل والخيار هنا للمدين " لا للدائن " ونعرض للمسائل السابقة فيما يلى :

أولاً- حق الدائن على ما يستحق من مبالغ في حالة هلاك العقار المرهون :

إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة – المادة ١٠٤٩ مدني •

وتفريعاً على ذلك إذا هلك العقار المرهون بفعل الغير وحكم للمالك بالتعويض أو كان مؤمناً عليه والتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين أو نزعت الدولة ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة ينتقل الرهن – بمرتبته – في جميع الحالات السابقة إلى المقابل الذي يحل محل العقار المرهون •

ثانياً- القيود التى ترد على سلطات الراهن :

- الأصل – فيما أشرنا – أن الراهن مالك للعقار المرهون لذا يكون له الحق في التصرف والاستعمال والاستغلال ولا يكون للمرتهن شيئاً من ذلك [٥٦] ولما كان الراهن يلتزم بضمان سلامة الرهن على ما ذكرنا فإنه يلتزم تبعاً لذلك بالامتناع عن كل عمل من شأنه المساس بسلامة العقار المرهون أو ينقص من قيمته[٥٧] •

---

[56] عكس الرهن الحيازى على ما سنرى فيما بعد •

[57] ويرتبط ذلك بالمرحلة السابقة على حلول أجل الدين المضمون بالرهن فإن حل أجل الدين وشرع الدائن في إجراءات التنفيذ فمعنى ذلك أن العقار محجوز تحت يد القضاء نحيل بشأنها إلى الدراسات المتخصصة في قانون المرافعات المدنية والتجارية •

ونعرض بداية لمدى أو نطاق سلطة الراهن في التصرف ثم نطاق سلطته في إدارة العقار المرهون ٠

١- نطاق سلطة الراهن في التصرف :

يلاحظ بأن نص المادة ١٠٤٣ مدني صريح يخول للراهن الحق في التصرف في العقار المرهون خصوصاً إذا كان تصرفه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن ٠

والواقع أن مدى أو نطاق سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون يرتبط بالتزامه بضمان سلامة العقار ، إعمالاً لنص المادة ١٠٤٧ مدني وعليه يكون للراهن حق التصرف فيما لا يؤثر على سلامة الرهن بل إن حق الراهن في التصرف الذي لا يؤثر على كيان العقار المرهون يعتبر فيما ذهب إليه رأى نؤيده من النظام العام [58] فلا يجوز الاتفاق بين المرتهن والراهن على منع الثانى من التصرف في المال المرهون إذا كان لا ينقص الضمان انتقاصاً كبيراً وتبعاً لذلك يجوز للراهن إبرام التصرفات القانونية مادام الدائن المرتهن قد قام بشهر حقه فأصبح نافذاً في مواجهة الغير كأن يبيع العقار المرهون أو ينقله بأى

[58] فالتصرف عموماً جوهر الملكية وبه تتميز عن غيرها من الحقوق العينية الأصلية لا يصح تقييده وإلا ترتب عليه شل الملكية ذاتها وتصرف الراهن كأى تصرف ينطبق عليه ذات الحكم مادام لا يمس بضمان سلامة الرهن ومن ذلك المذكرة الإيضاحية لنص المادة ١٠٤٣ من القانون المدنى المصرى ج ٧ / ص ٣٩ / وج ٤ / ص ٢٧٥ /مرقس / بند ٧٤ ونبيل سعد / ص ٩٠ / بند ٦٣ ٠ البدراوى / ص ١٥٢ / بند ٩٢ وقارن / حسن كيره / الحقوق العينية الأصلية / ط ١٩٦٥ / ص ٢٨٧ / بند ٨٦ ٠

حق عينى كانتفاع أو إرتفاق أو رهن وتفسير ذلك أن هذه التصرفات لا تكون نافذة في مواجهة الدائن المرتهن الذي قيد حقه قبل شهر الحقوق المذكورة فيكون له مباشرة حق التتبع عليها ولذا فإنها لا تعدم ضمان الرهن ولا تنقص من قيمته[٥٩] فلا يكون للمرتهن الاعتراض عليها ٠

وعلى عكس ذلك لا يجوز للراهن مباشرة أى تصرف قانونى قبل قيد الرهن من جانب الدائن المرتهن وإلا اعتبر ذلك – فيما قدمنا خروجاً من جانب الراهن عن التزامه بضمان الرهن بما يترتب على ذلك من سقوط الأجل وحلول الدين فوراً بسبب إضعاف التأمينات من جانب المدين ٠

أما بالنسبة للأعمال المادية التى يباشرها الراهن فإن التزامه بالضمان يفرض عليه الامتناع عن أى عمل مادى ينقص من الضمان نقصاً كبيراً ومن ذلك مثلاً أن يتصرف في المنقولات بحسب المآل كأن يبيع الراهن المنزل المرهون بقصد هدمه فإن هدم بالفعل وترتب على ذلك نقص الضمان نقصاً كبيراً كان للدائن المرتهن اعتبار فعل الراهن إضعافاً للتأمين [٦٠]

١٧٦ - أما بالنسبة للعقارات بالتخصيص فقد رأينا بأنه لا يجوز للراهن التصرف فيها إذا كان ذلك ينقص من الضمان انتقاصاً كبيراً وإلا جاز للدائن

59 لاحقا/ ص ١٨٨/ بند ٢١٦ ٠

60 فضلاً عن حقه في اتخاذ الإجراءات التحفظية أو الاعتراض عليه إذا تم ذلك بعد قيد الرهن – المادة ١٠٤٧ مدني ٠

المرتهن الحق في الاعتراض على هذا التصرف وله من باب أولى أن يمانع في انتقالها من العقار المرهون وأن يطلب تعيين حارس عليها على نفقة الراهن إعمالاً لما ورد بالمادة ٣/١٠٤٨ مدني أما إذا تسلمها المتصرف إليه حسن النية لم يكن للدائن المرتهن تتبعها لأن الحائز يمكنه التمسك بالفقرة الثانية للمادة ٢/٩٧٦ من القانون المدني [٦١] وإذا فقد المرتهن حق التتبع على هذا النحو فلا يتبقى له إلا مباشرة حق الأفضلية على ثمن العقارات بالتخصيص على النحو الذي بسطناه آنفاً •

ومقابل ذلك إذا تصرف الراهن في العقارات بالتخصيص لمتصرف إليه سيء النية يعلم بالرهن أو كان من الميسور العلم به فإن للمرتهن استردادها بمقتضى ما له من حق التتبع[٦٢] •

[61] وتنص على أنه ••• إذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالى من التكاليف والقيود العينية كسب الحق خالصاً منها فيما يسمى بالأثر المسقط للحيازة / شكرى سرور / ص ٢٠٥ / بند ٣٠١ •

[62] البدراوى معلقاً على نص م ١٠٤٣ مدني / ص ١٢٩ / بند ٩٤ وقد رأينا بأن عدم وجود نص خاص على هذه الحالة لا يمنع من تطبيق القاعدة الواردة بالمتن •

٢ـ مدى سلطة الراهن في إدارة العقار المرهون :

نصوص قانونية :

١٧٧ـ أخذاً من نص المادة ١٠٤٤ مدني ، فإن للراهن الحق فى إدارة العقار المرهون وله قبض ثمار كافة إيراداته إلى وقت التحاقها بالعقار على نحو ما يقضى به قانون المرافعات ٠

ـ بينما عرضت المادة ١٠٤٥ مدني لمدى نفاذ الإيجار الصادر من الراهن في حق المرتهن وتناولت المادة ١٠٤٦ مدني نفاذ المخالصة بالأجرة أو الحوالة ثم نفاذ الإيجار في حق الدائن المرتهن ٠

١٧٨ـ مكرر ـ ونعرض بداية لمدى حق المدين الراهن في إدارة المال المرهون ثم نفاذ الإيجار في حق الدائن المرتهن وأخيراً قبض أجرة العقار وحوالتها مقدماً ٠

أـ حق المدين الراهن في إدارة المال المرهون :

١٧٩ـ يجوز للراهن أصلاً الحق في إدارة العقار المرهون فقد قدمنا بأن الرهن الرسمى بخلاف الرهن الحيازى لا يسلب الراهن حيازة العقار المرهون فيخوله إدارته ولا يتقيد حقه في الإدارة إلا بما يستوجبه التزامه بالمحافظة على سلامة الرهن ٠

وتفريعاً على ذلك يتعين على الراهن في إدارته للعقار المرهون أن يمتنع عن أي عمل من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن فيجوز له استعمال العقار بنفسه أو تأجيره للغير وله أن يقبض ثماره ويتصرف فيها ويبقى للراهن الحق في قبض ثمار والتصرف فيها إلى الوقت الذي تلحق فيه هذه الثمار بالعقار بتسجيل تنبيه نزع ملكية العقار أخذاً من المادة ٤٠٦ من قانون المرافعات[٦٣] فمنذ ذلك التاريخ تغل يد الراهن في التصرف في الثمار ويتساوى حق الدائن المرتهن في ذلك وحق أي دائن عادى باعتبار أن القيد المذكور لا يعتبر نتيجة لحق الرهن بل نتيجة للحجز على العقار فينطبق ولو لم يكن العقار مرهوناً ،

ب- مدى نفاذ الإيجار في حق الدائن المرتهن:

١٨٠- نصت المادة ١٠٤٥ مدني على أن الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا النحو أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبه ولم تعجل فيه الأجرة فلا يكون نافذاً إلا إذا كان داخلاً في أعمال الإدارة الحسنة ،

---

63 بينما نصت المادة ١٠٤٤ مدني على أن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار وجاء نص م ٤٠٦ مرافعات كمحض تطبيق لهذا النص ،

وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن ·

وتنص المادة ٤٠٨ من قانون المرافعات على أنه ، مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى في شأن إيجار العقارات ، تنفذ عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه في حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه · وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشهر · أما عقود الإيجار غير الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا تنفذ في حق من ذكروا إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة ونصت المادة ١١ من قانون الشهر العقارى على أنه يجب تسجيل الإيجارات إذا زادت مدتها على تسع سنوات ··· وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك · ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات ··

١٨١- والمتأمل بالنص الأول محمولاً على الثانى، والثالث يرى ما يلى :

أن نفاذ الإيجار في حق الدائن المرتهن لا يظهر خصوصاً إلا حيث يباع العقار فيتقيد المشترى بعقود الإيجار النافذة على الوجه المبين بالنص ·

- وفى مدى نفاذ الإيجار في حق الدائن المرتهن يتعين التمييز – بدقة بين فرضين :

الأول، إذا كان الإيجار ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية وفيه يكون الإيجار نافذاً في حق الدائن بصرف النظر عن اعتباره من أعمال الإدارة الحسنة ، أولاً ومع ذلك إذا كان الإيجار السابق عن تنبيه نزع الملكية على العقار تزيد مدته عن تسع سنوات تعين لكى يكون نافذاً بمدته كاملة أن يكون مسجلاً قبل قيد الرهن فإن لم يكن مسجلاً قبل قيد الرهن اقتصر نفاذه على تسع سنوات فقط بحيث يعتبر المرتهن من الغير un tirs بالنسبة للإيجار الذي تجاوز مدته التسع سنوات وبعبارة أخرى لا يسرى في حق الدائن المرتهن أى إيجار تزيد مدته عن تسع سنوات ما لم يكن مسجلاً قبل قيد الرهن وتحسب مدة التسع سنوات من تاريخ تسجيل طلب تنبيه نزع ملكية العقار[64] .

أما الفرض الثانى وفيه يكون الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فهذا الإيجار لا يسرى في حق الدائن المرتهن – ما لم يكن من أعمال الإدارة الحسنة إذا كانت أجرته تقل عن أجرة المثل أو

---

[64] ويبدو أن المشرع قد رأى في التسع سنوات فترة طويلة تمس بالقيمة الحقيقية للعقار -* وانظر / جمال زكى / ص ٢٧٠ / بند ١٤١ م ٢/١٠٤٥ مدني .

يكون قد انعقد لمدة تجاوز المدة المعقولة[65] وهى تختلف باختلاف الظروف ويقدرها القاضى وفقاً لما يجرى عادة فى تأجير مثل العقار المرهون [66] فإن جاوزت مدة الإيجار الحد المألوف وجب على المحكمة إنقاصها ٠

- فإن كان الإيجار نافذاً في حق الدائن المرتهن – على النحو الذى بسطناه – بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية يجوز للمستأجر الوفاء بالأجرة إلى المالك[67] مادام لم يوقع حجز تحت يده على هذه الأجرة وإعمالاً لنص المادة ٤٠٧ مرافعات فإن الأجرة المستحقة عن الأجرة التالية لتسجيل التنبيه تعتبر محجوزة تحت يد المستأجر بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى بعدم دفعها للمدين٠

ج- قبض أجرة العقار وحوالتها مقدماً :

١٨٢- نبادر إلى التنبيه بأن الأجرة عن المدة السابقة لوقت التحاق الثمار بالعقار أى السابقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية لا تدخل فيما يشمله الرهن فيحتفظ الراهن بها ويكون له قبضها والتصرف فيها عن طريق الحوالة ولو حتى قبل استحقاقها ٠

---

[65] ومن الفقه المصرى أنها لا تجاوز إيجار ٣ سنوات للأراضى الزراعية وسنة لإيجار المساكن مثلا البدراوى / ص ١٣٣ / بند ٩٥ ٠

[66] المذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادة ١٠٤٥ مدني ٠

[67] أحمد الزقرد وفايز الكندرى " عقد الإيجار " ط ١ / ٩٩٩ ٠

ومقابل ذلك فإن الأجرة تدخل فيما يشمله الرهن فتلتحق به من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية ويتعلق بها من هذا التاريخ حق الدائن المرتهن فيترتب على قبض المؤجر " الراهن " لها مقدمًا أو حوالتها إنقاص قيمة العقار عند البيع الأمر الذي يقتضى حماية الدائن المرتهن في مثل هذه التصرفات وهو ما عرضت له المادة ١٠٤٦ مدني التى فرقت بين فرضين:

الأول:- أن تكون المخالصة بالأجرة أو الحوالة بها ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية وفى هذا الفرض يتعين النظر لمدة المخالصة أو الحوالة بها فإن كانت عن مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات كانت نافذة في حق الدائن المرتهن فإن كانت عن مدة تزيد عن ثلاث سنوات فلا تكون نافذة فيما زاد عن المدة المذكورة ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن ٠

أما الفرض الثانى: أن تكون المخالصة بالأجرة أو الحوالة بها غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية وعندئذٍ لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن ٠

المطلب الثانى

آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن

صفتان وحقان للدائن المرتهن :

١٨٣- الدائن المرتهن له صفتان فهو دائن ومرتهن وبالأولى يعتبر صاحب حق شخصى هو الحق فى الضمان العام كسائر الدائنين العاديين – إعمالاً لنص المادة ٢٣٤ مدني وبالثانية صاحب حق عينى على العقار المرهون يخوله التنفيذ عليه وتتبعه في أى يد يكون واستيفاء حقه بالأولوية أو الأفضلية على سائر الدائنين العاديين أو الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التالية له في المرتبة.

١٨٤- مكرراً- ونعرض بداية لحقوق الدائن المرتهن كدائن عادى ثم بوصفه دائناً مرتهناً على التفصيل الآتى :

أولاً- الدائن المرتهن ، دائن عادى :

- للدائن المرتهن بوصفه دائناً عادياً الحق في الضمان العام للمدين وبهذه الصفة له أن ينفذ على أموال المدين دون أن يكون له أولوية على سائر الدائنين العاديين ذلك أن حقه في التقدم مقصور على المال المخصص لضمان الوفاء بحقه فتقرير الرهن لا يحرم الدائن المرتهن من حقه كدائن

عادى في التنفيذ على الأموال الأخرى للمدين غير المشمولة بالرهن والقول بغير ذلك يعني وضع الدائن ذا التأمين الخاص " الراهن في حالتنا " في مركز أقل من الدائن العادى الذي يكون له حق التنفيذ على جميع أموال المدين بما فيها أمواله المحملة بتأمينات " [68] [69] .

- وعلى أية حال لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال المدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير ما إذا كانت الأموال على هذا النحو كافية أو غير كافية للوفاء بالدين[70] .

- ونلفت النظر بأن حق الدائن المرتهن في التنفيذ على أموال المدين غير المشمولة بالرهن قاصر على الحالة التى يكون فيها الراهن هو المدين فإن كان الراهن شخصاً آخر بخلاف المدين " الكفيل العينى" فيما أسلفنا فإن حق الدائن المرتهن يقتصر فقط في التنفيذ على الأموال المرهونة.

وتفسير ذلك أن الكفيل العينى مسئول بحدود المال الذي قدمه ضماناً لدين المدين فلا يتجاوزه لمجموع أمواله وعليه فقد ورد نص المادة

---

[68] باعتبار وجود تأمين معين على مال معين من أموال المدين لا يخرجه عن الضامن العام لدائنه والدائن صاحب التأمين العينى يتقدم عليهم عن توزيع الثمن المتحصل من التنفيذ .

[69] من تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الأمة المصرى تعليقاً على المادة ٣٠٨ من قانون المرافعات القديم ٧ مايو / ١٩٦٨ .

[70] قرب / توفيق فرج / ص ١٤٨ / بند ١٤٧ .

١/١٠٥٠ مدني صريحاً بأنه إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن منها ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين٠

والمعنى أنه لا يجوز للكفيل العينى أن يطالب الدائن بالتنفيذ أولاً على أموال المدين أى لا يكون الدفع بالتجريد ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك ٠

وعلى أية حال فإن الكفيل العينى يمكنه تفادى أى إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخليه العقار على ما سنرى فيما بعد [٧١]٠

ثانياً- الدائن باعتباره مرتهناً:

١٨٥- ننوه بداية بأنه للدائن كمرتهن الحق في حلول أجل الدين في التنفيذ على العقار المرهون إذا لم يقم المدين بالوفاء وفقاً للإجراءات المقررة لذلك بالمادة ١٠٥١ مدني٠

وعليه لا يستوفى الدائن المرتهن حقه في العقار المرهون إلا طبقاً لإجراءات معينة تنتهى ببيع العقار جبراً بالمزاد ٠ وهى الإجراءات التى رسمها قانون المرافعات وتتمثل خصوصاً في قيام الدائن المرتهن عند

---

[71] عند الكلام عن مركز حائز العقار المرهون / لاحقا ص ٣٢٩ ٠

حلول أجل الوفاء بإعلان الراهن وتكليفه بالوفاء ونتيجة لعدم الوفاء يتقدم الدائن المرتهن بطلب الحجز على العقار المرهون ••• "•

وننبه إلى أن النص الوارد بالمادة ١٠٥١ مدني يشتمل على قاعدة من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على إعطاء الدائن إذا لم يستوف الدين عند حلول أجله حق تملك العقار المرهون بأى ثمن كان•

كما يقع باطلاً الاتفاق الذي يجعل للدائن المرتهن الحق في أن يبيع العقار المرهون دون مراعاة الإجراءات التى فرضها القانون حتى ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن – المادة ١٠٥٢ مدني •

- فالنص يشتمل على حالتين يقع فيهما الاتفاق باطلاً **الأولى** : شرط التملك عند عدم الوفاء PACTE COMMISOIRE **والثانية** تسمى شرط الطريق الممهد clause de voie paree والحالتان محض تطبيق لما ورد بالمادة ١٠٥١ مدني بأنه لا يجوز للدائن المرتهن سوى استيفاء حقه من العقار المرهون وفقاً للإجراءات التى فرضها القانون عند حلول أجل الدين • فمن المسلم به أن هذه الإجراءات وضعت لضمان حقوق كل من الدائن المرتهن والمدين الرهن على السواء فلزم إتباعها[72] •

[72] مجموعة الأعمال التحضيرية / ٧ / ص ٦٢ ، والحالتان كذلك مجرد تطبيق لمبدأ عدم إغلاق الرهن ••• م ٩٩٢ مدني •

وسوف نعرض بداية لبطلان شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء قبل أن نتناول بطلان شرط الطريق الممهد ٠

١ ـ بطلان شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء :

١٨٦ـ تنص المادة ١/١٠٥٢ مدني على أنه " ٠٠٠ يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان ٠٠٠" ومفاد النص بأنه لا يجوز الاتفاق بين الدائن المرتهن والمدين الراهن قبل حلول أجل الدين على أن يتملك الأول العقار المرهون عند عدم وفاء المدين بالالتزام في موعد استحقاقه فإن وقع الاتفاق على ذلك اعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً اعتباراً بأن غاية النص حماية المدين الراهن ونعتقد بأن الحكمة من النص تتعدى مجرد حماية الراهن من سوء تقديره لتشتمل منع استغلال الدائن المرتهن حاجة المدين الراهن فتنزع منه رضاءه بنقل ملكية العقار إليه في مقابل الدين أو في مقابل أى ثمن كان٠

ويترتب تفريعاً على ذلك نتيجة مؤداها أن شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء لا يقع باطلاً إلا إذا تم قبل حلول أجل الدين أما إذا اتفق عليه بعد حلول أجل الدين كان صحيحاً ٠ ويمكن تفسير المنع في الحالة الأولى

والإباحة في الحالة الثانية على وجود شبهة استغلال الراهن في الأولى وانعدامها في الثانية .

كما يجوز الاتفاق بعد حلول أجل الدين على أن ينزل الراهن للمرتهن عن العقار المرهون وفاء الدين أو على أن يشترى المرتهن العقار بثمن أكبر ، أو أقل من المدين بما قد يحقق مصلحة المدين الراهن فيجنبه المصروفات التى قد تنجم عن بيع العقار بالمزاد[٧٣].

وبما أن شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء باطل لمخالفته للنظام العام فإنه لا يصح النزول عنه وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ويجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى أى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض .

ونلفت النظر بأن البطلان يلحق الشرط لا العقد فيظل عقد الرهن صحيحاً بحيث يتسنى للدائن المرتهن اتخذا إجراءات البيع بالمزاد وهذه المرة وفقاً للأوضاع التى رسمها القانون المادة ١٠٥١ مدنى محمولة على نصوص قانون المرافعات – واستيفاء حقه من الثمن .

[73] المادة ١٠٥٢/٢ محمولة على ١٠٦٧ مدني .

٢ـ بطلان شرط الطريق الممهد la clause de voie parée

١٨٧ـ إعمالاً لنص المادة ٢/١٠٥٢ مدني – يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق في عدم مراعاة الإجراءات التى فرضها القانون٠

والحكمة التى تقرر لأجلها بطلان الاتفاق بين الدائن والمدين على بيعه العقار المرهون وقت حلول أجل الدين دون مراعاة الإجراءات التى رسمها القانون هى ذاتها التى تقرر لأجلها تحريم الاتفاق على تملك المرتهن العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين حماية المدين الراهن بتجريده من الضمانات التى يوفرها قانون المرافعات بإجراء التنفيذ العقارى ومنعاً لشبهة الاستغلال من جانب الدائن ٠

وعليه يقع باطلاً الاتفاق بين الدائن والمدين على بيع العقار بدون تدخل المحكمة أو بغير طريق المزاد العلنى ونحو ذلك مادام قد تم قبل حلول الأجل بينما يكون الاتفاق صحيحاً إذا تم بعد حلول أجل الدين لانعدام شبهة الاستغلال من ناحية ولما قد يحققه من مصلحة المدين الراهن بتوفير مصروفات التنفيذ من ناحية أخرى[٧٤] ٠

---

[74] في هذا المعنى : جمال زكى / ص ٢٧١ / بعد ١٤٧ ٠

١٨٨- مكرر- الأحكام الخاصة بالتنفيذ على عقار الكفيل العينى :

القاعدة أن حقوق الدائن لا تتأثر بحسب ما إذا كان العقار محل الرهن مملوكاً للمدين الراهن ، أو مملوكاً لكفيل عينى ٠ كذا، فالإجراءات التى يجب على الدائن المرتهن إتباعها لاستيفاء حقه من ثمن العقار في الحالتين واحدة ٠ ومع ذلك ، إذا أجاز المشرع للراهن إذا كان شخصاً آخر غير المدين أن يتفادى أى إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع ، وطبقاً للأحكام التى يتبعها الحائز في تخليه العقار – المادة ١٠٥١ مدني ٠

المبحث الثانى

أثار الرهن بالنسبة للغير

تمهيد وتقسيم :

١٨٩ـ أثران مهمان اشرنا إليهما يترتبان على نفاذ الرهن في مواجهة الغير الأول في مواجهة الدائنين الذين يرغبون استيفاء حقهم من العقار المرهون فيكون للدائن المرتهن التقدم droit de preference عليهم وهذا هو حق التقدم أو الأفضلية.٠

والثانى حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون في أى يد يكون وهذا هو حق التتبع أو doirt de suite ٠

ولا يترتب شيء من ذلك إلا بعد أن تتاح للغير فرصة العلم بوجود الرهن والإجراء الذي رسمه القانون لذلك فهو قيد الرهن ٠٠[75] فقد ورد نص المادة ١/١٠٥٣ مدني صريحاً على أنه لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار وذلك دون إخلال بأحكام المقررة في الإفلاس ٠

---

[75] جمال زكى / ص ٢٨٠ / بند ١٤٨ وبعده – سليمان مرقس / بند ١٢٤ وبعده ٠

١٨٩ - مكرراً- وعليه نوزع دراستنا لأثر الرهن بالنسبة للغير على مطالب ثلاثة **الأول** عن القيد كإجراء لا ينفذ الرهن بدونه في مواجهة الغير **والثاني** عن حق التقدم **والثالث** عن حق التتبع ٠

المطلب الأول

قيد الرهن

١٩٠- القيد Inscription هو الإجراء الذي رسمه المشرع لشهر الرهن الرسمي بدونه لا يعتبر الرهن نافذاً في مواجهة الغير أى أن الدائن المرتهن لا يستطيع مباشرة ما يخوله الرهن ضد الغير إلا بالقيد من تاريخه[76] وذلك تطبيقاً للمبدأ العام الذي يقضى بأن جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق القيد ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير – المادة ١٢ من القانون ١٩٦٤/١١٤ ٠

والقيد إجراء بدونه يتعطل مضمون حق الرهن إلا أنه لا ينفى وجود حق الرهن منذ العقد في علاقة الراهن والمرتهن فإذا كنا قد انتهينا بأن أهم آثار الرهن التى تبدو في علاقة الدائن المرتهن بالغير " الأفضلية والتتبع " لا يترتب إلا من وقت القيد فإذا تزاحم عدة دائنين فالعبرة بالأسبقية في القيد ٠

---

[76] والقيد فى الحقوق العينية التبعية إجراء مقابل للتسجيل في الحقوق العينية الأصلية وبينهما اختلافات أهمها أن التسجيل لازم لإنشاء الحق العينى الأصلى، أو تعديله أو زواله عن طريق التصرف القانونى بالنسبة للمتعاقدين، والغير بينما القيد إجراء لازم لنفذا التصرف المنشىء للحق العينى التبعى في مواجهة الغير فقط ،كما أن التسجيل يتم بحفظ العقد كاملاً في سجلات الشهر العقارى ، بينما يتم القيد عن طريق حفظ البيانات المهمة بالنسبة للغير أن يطلع عليها وذلك بالدفتر المعد لذلك بإدارة السجل العقارى وانظر أحمد الزقرد / الوجيزفى عقد البيع في القانون الكويتى / ١٩٩٨ / ص ١٣٢ / بند ١٣٨ وبعده ٠

وإذا تصرف المدين في العقار فإن الدائن المرتهن لا يستطيع التنفيذ عليه إلا إذا قيد رهنه قبل تسجيل التصرف وهو أمر أقرب إلى المنطق ، فليس من الطبيعى أن تفاجىء من يكتسب عقاراً بوجود دائن للمتصرف يستطيع تتبع العقار تحت يده وينفذ عليه إلا إذا كان في استطاعة المتصرف أصلاً أن يحاط علماً بحق هذا الدائن قبل اكتسابه هذا العقار[٧٧] .

ولما كانت القاعدة العامة ، عدم نفاذ الرهن في حق الغير إلا إذا قيد قبل أن يكتسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار – المادة ١٠٥٣ مدني فإن التساؤل يثور بداية بصدد معنى الغير في أحكام القيد؟ فضلاً عن تساؤلات أخرى بصدد إجراءات القيد ، ووقته ، وأثره، وتجديده، ومحوه، ثم إلغاء المحو، وهى مسائل عرض لها المشرع في مدونه القانون المدني وتفصيلها كالآتى:

أولاً- الغير في أحكام القيد :

إذا انتهينا بأن الرهن لا يكون نافذاً قبل الغير إلا بالقيد ومن تاريخه .

فإن المقصود بالغير Le tiers في أحكام القيد، كل من يمكن أن يضار بسبب وجود الرهن، خصوصاً بما يخوله الرهن الدائن المرتهن من حق

---

[77] من عبارات النقض المصرية – حكم قديم / ١١ يونيه / ١٩٤٢ / المحاماة / ٢٣ / ص ٤٢٤ / رقم ١٨٤ .

الأفضلية، وحق التتبع[٧٨] وليس من هؤلاء بطبيعة الحال المدين الراهن ، ولا ورثته ٠

وعليه يعتبر غيراً في أحكام الرهن، كل من يضار بما للدائن المرتهن من حق الأفضلية ، ومن هؤلاء، جميع الدائنين أصحاب التأمينات العينية على العقار المرهون، كالدائنين المرتهنين، الآخرين، وأصحاب حقوق الامتياز على العقار ٠

ويدخل كذلك الدائنون العاديون للراهن، في معنى الغير ، ووجه الضرر بالنسبة لهؤلاء أن الدائن المرتهن له حق الأولوية عليهم، خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين في الضمان العام، أما ما تضمنته نصوص المواد ١٠٥٦ وما بعدها مدني من جعل إجراء القيد أساساً لتحديد المرتبة فيما بين الدائنين المرتهنين، وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة العقارية، فلا يفيد أن أثره يقتصر عليهم وحدهم دون الدائنين العاديين ، لأن من حق الدائن العادى أن ينفذ بدينه على العقار فهو يضار من وجود دائن مرتهن يتقدم عليه في اقتضاء حقه من العقار[٧٩] ٠

78 نقول خصوصاً- لأن الرهن قبل قيده يخول المالك ، على ما سنرى- في مباشرة بعض سلطاته على العقار المرهون ٠ كما يجوز للمرتهن ، حتى قبل القيد ، الاعتراض على كل عمل أو تصرف ينقص من ضمانه ، بل وقد تضمن نص المادة ، قيوداً تحد من حرية المالك الراهن في استغلال العقار ٠

79 وتفصيلا ، الأهوانى / ص ٢٨٥ / بند ٣٠١ ٠

ويعتبر غيراً كذلك في أحكام القيد ، كل من يضار في مباشرة الدائن المرتهن حق البيع على العقار المرهون ٠ أى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون ، أو أى حق من الحقوق الأصلية ، وبذا، يعتبر مشترى العقار المرهون، غيراً، وكذا صاحب حق الانتفاع، أو الارتفاق[٨٠] .

وتفريعاً على ذلك ، فإن الدائن المرتهن، لا يكون له تتبع العقار المرهون للتنفيذ عليه ما لم يقيد حقه قبل تسجيل التصرف الناقل الملكية إلى الحائز ، ولا يكون له الأفضلية في توزيع ثمن العقار على غيره من الدائنين ما لم يقيد رهنه سابقاً ، أخذاً من قاعدة أن مرتبة الرهن تتحدد من تاريخ قيده[٨١] .

ثانياً- إجراءات القيد :

١٩١- المقصود بإجراءات القيد، الإجابة عن تساؤلات عدة ، تتعلق بكيفية القيد ، والجهة المختصة به ونفقات، ووقت إجراء القيد ، وأثره، وتجديده، ومحو القيد، وإلغاء المحو على النحو التالى:

[80] وسف نرى بأنه إذا تصرف الراهن في العقار إلى مشتر مسجل عقده قبل قيد الرهن ، فإن القيد لا ينتج أثره لاحقاً ٠

[81] ولا يغير من ذلك أن يكون الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط ، أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً – م ١٠٥٧ مدني ٠

ثالثاً- كيفية القيد، الجهة المختصة به " أصحاب الشأن في القيد " :

١٩٢- يتم القيد، على ما قدمنا ، بإثبات البيانات الجوهرية التى يهم الغير الإطلاع عليها والتى أوجب القانون على الدائن تقديمها إلى إدارة الشهر العقارى.

والبيانات المذكورة تسمى قائمة القيد، وللموظف المختص ، أن يتحقق من صحة البيانات وعليه ينبغى تقديم عقد الرهن ، مع قائمة البيانات [٨٢] .

ويلاحظ بأن من يطلب القيد ، أصحاب الشأن ، أومن يقومون مقامهم ، كوكيل أو ولى أو وصى ... كما يجوز لدائنى الدائن المرتهن طلب القيد لمصلحة المدين الراهن بطريق الدعوى غير المباشرة بافتراض توافر شرائطها الأخرى.

وكذا، فإن لورثة الدائن المرتهن ، طلب إجراء القيد ، إذا توفى مورثهم كما يجوز للمحال إليه الدين المضمون بالرهن طلب القيد باسمه .

وفى كل الحالات ، فإن قيد الرهن على اسم الراهن ، بصرف النظر عما إذا كان الراهن ، هو المدين ، أم الكفيل العينى ، وإن توفى الراهن أمكن إجراء

---

82 على تفاصيل أخرى، بقانون تنظيم الشهر العقارى ١٩٤٦/١١٤ .

القيد على اسمه ، أو على أسماء الورثة ٠والجهة المختصة بإجراء القيد هى مكتب الشهر العقارى الكائن في دائرته العقار ٠

رابعاً- البيانات الواجب ذكرها في قائمة الرهن (تخصيص القيد) :

بينت المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى ما يجب أن تتضمنه قائمة القيد من بيانات ، وبعضها يتعلق بالراهن [83] والدائن المرتهن ، أى من ناحية الاسم واللقب ، ومحل الإقامة ، والجنسية ٠

وكذا ، يجب أن تشتمل قائمة القيد على تاريخ السند المثبت للدين المضمون بالرهن وتحديد الدين ذاته من حيث مصدره " كقرض أو تعويض " ومقداره كاملاً وميعاد الاستحقاق ٠

ويجب أن يبنى بقائمة القيد ، تعيين العقار الذي رتب الرهن عليه تعييناً دقيقاً ولا يتحقق ذلك ما لم يبين طبيعة العقار، وموقعه ٠٠٠ ونلفت النظر بأن تخصيص العقار في عقد الرهن الرسمى ، لا يغنى عن تخصيصه في قائمة القيد باعتبار الأخير ، وضع لمصلحة الغير ٠

---

[83] سواء كان المدين ، أو كفيل عينى مثلا ٠

جزاء إغفال بيانات في قائمة القيد :

نبادر إلى التنويه – في البداية – بأن الأثر المترتب على إغفال بيان من بيانات القيد ، أو الخطأ فيه، كانت مسألة خلافية في الفقه ، والقضاء، بفرنسا[٨٤]، ومصر[٨٥] على السواء ٠

بينما ورد نص المادة ٤١ من قانون الشهر العقارى صريحاً على أنه لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر " مما ذكرناه آنفاً " بطلان القيد ٠ إلا إذا نتج عن ذلك ضرر بالغير ٠٠٠ [٨٦] ولا يجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو سبب عدم ضبطهما ٠ وللمحكمة أن تبطل أثر القيد أو أن تنقص من أثره تبعاً لطبيعة الضرر ومداه ٠

ومفاد النص من جهة أن إغفال بيان ما أو الخطأ فيه لا ينشأ عنه بطلان القيد بقوة القانون وإنما يجب لوقوع البطلان أن يتمسك به من لحقه ضرر من الغير ومن جهة أخرى فالجزاء ليس دائماً بطلان القيد بل يجوز للمحكمة أخذاً من النص المذكور أن تنقص من أثر القيد فتقتصره على بعض العقارات مثلاً

---

84 قبل صدور قانون أول مارس ١٩١٨ ، الذي عدل نص م ٢١٤٨ مدني فرنسي ، حيث جرت محكمة البعض على التفرقة في بيانات القيد بين ما يعتبر جوهرياً ، يرتب إغفاله أو الخطأ فيه بطلان القيد جميعه – وما لا يعتبر جوهرياً ، ولا يترتب على إغفالها أو الخطأ فيها بطلان القيد ، بينما لا تمسك البعض بمعيار الضرر ، وهو الذي نص عليه نص م ٢١٤٨ مدني فرنسي، حالياً ٠

85 قبل صدور قانون الشهر العقارى رقم ١٤٢/١٩٦٤ ٠

86 ويلاحظ بأن الضرر لا ينشأ غالباً إلا عن خطأ أو إهمال في بيان جوهرى والعكس ٠

ويترتب على ذلك أنه في حالة اختلاف المبلغ المبين بقائمة القيد عن المبلغ المضمون بالرهن فإن أثر القيد يقتصر على الأقل منهما .

- فإن لم يترتب على إغفال بيان ما أو على الخطأ فيه ضرر بالغير فليس له طلب البطلان وعلى من يدعى الضرر إثباته وللمحكمة سلطة تقدير الضرر وتحديد مداه بدون رقابة محكمة النقض.

ونلفت النظر بأن تصحيح بيان خاطىء أو تدارك بيان لم يذكرعلى النحو الذي بسطناه لا يكون إلا بإجراء قيد جديد بحيث تتحدد مرتبة الرهن في خصوص هذا البيان بالقيد الجديد ما لم يقع ظرف يحول دون إجراء القيد أو يوقف نفاذه على ما سنرى حالاً :

خامساً- وقت إجراء القيد:

١٩٣- الثابت بأن القانون لم يحدد مدة معينة يجب إجراء القيد خلالها وعليه يجوز إجراء القيد من وقت انعقاد العقد بافتراض صحته فإذا كان العقد قابلاً للإبطال أمكن إجراء القيد قبل صدور الإجازة – وبعكس ذلك إذا كان آثار العقد موقوفة على إقرار شخص ما " وكالة تجاوز فيها الوكيل سلطاته مثلاً " لم يكن من الجائز في الرأى الراجح إجراء القيد إلا بعد صدور الإقرار[٨٧] .

---

[87] من الفقه الفرنسى / بلانيول / ريبير/ بند ٧٢٩ .

كما يجوز إجراء القيد حتى بعد انعقاد عقد الرهن في أى وقت ومع ذلك فإن مصلحة الدائن المرتهن – على ما سنرى حالاً – قيد الرهن في الوقت المناسب حتى لا يسبقه غيره في شهر حق آخر على العقار المرهون فيشل فاعلية الرهن.

١٩٣- مكرراً- ومع ذلك ، فإن ثمة وقائع قد تطرأ توقف إجراء القيد أو تمنع نفاذه ، وهى تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون على العقار وتسجيل تصرف ناقل لملكية العقار المرهون إلى الغير وتسجيل الرغبة في الأخذ بالشفعة ، و إفلاس الراهن[88] .

١- تسجيل تنبيه نزع الملكية :

- الرهن الذي يقيد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية على العقار لا ينفذ في حق الحاجزين ، ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الراسي عليه المزاد – أخذاً من نص المادة ٤٠٥ من قانون المرافعات[89] .

وعليه ، يتعين التمييز بدقة، بين ما إذا كان الرهن قد قيد قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية أو أن طلب الحجز قد سجل سابقاً لقيد الرهن فإن كانت الأولى ترتبت آثار الرهن في التقدم والتتبع للدائن المرتهن قبل الحاجز أما إذا كان

[88] وانظر في القانون الفرنسى المواد ٢١٤٧ مدني والمادة ١/٥٧ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ .
[89] ونصها كالتالى " لا ينفذ في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الراسى عليه المزاد ما يرتبه المدين أو الكفيل العينى أو الحائز من رهون أو امتياز متى كان الرهن أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل طلب الحجز " وانظر الأهوانى / ص ٣٩٥ / بند ٣٠٨ .

طلب الحجز قد سجل قبل قيد الرهن فإن آثار الرهن لا تكون نافذة في مواجهة الحاجز ٠

وحقيقة الأمر أن الرهن الذي يقيد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية لا يسرى في مواجهة طائفة أخرى من الأشخاص، أي لا تقتصر على الحاجزين ، ولو كانوا دائنين عاديين، بل يمتد كذلك إلى أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبيه ومنهم الدائنون المشار إليهم في المادة ٤١٧ مرافعات ويقصد بهم أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبيه الذين يخبرهم قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع ، ويجرى التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه على سند بأن هؤلاء الدائنين يصبحون من تاريخ التأشير طرفاً في الإجراءات، فلا يسرى القيد الحاصل بعد تسجيل التنبيه في مواجهتهم ٠

أما غير هؤلاء فيسرى في حقهم القيد ٠ بما في ذلك الدائن العادى ، الذي لم يكن طرفاً في إجراءات التنفيذ ، وكل دائن صاحب تأمين عينى مقيد بعد قيد الرهن ٠

٢- تسجيل تصرف ناقل لملكية العقار المرهون إلى الغير :

١٩٤- ننوه بداية بأن المقصود بالتصرف الذي يوقف القيد متى سجل هو التصرف الناقل للملكية بما في ذلك البيع والهبة والوصية بالعقار ٠٠٠

والمقايضة ٠ أما التصرفات المقررة فإنها لا ترتب ذات الأثر بما في ذلك القسمة ٠

وهذه المسألة تفترض أن الراهن تصرف في العقار المرهون وسجل المتصرف إليه، التصرف قبل قيد الرهن ويترتب على ذلك انتقال ملكية العقار إلى المتصرف إليه خالياً من الرهن ، ولا يبقى للدائن المرتهن سوى دعوى شخصية قبل المدين الراهن ، تأسيساً على عقد الرهن المبرم فيما بينهما ٠

ويتعين تطبيق ذات الحكم إذا بيع العقار قضاء وسجل حكم رسو المزاد قبل قيد الرهن من قبل الدائن المرتهن[٩٠] وعلى هذا ورد نص المادة ١٠٥٣ مدني " لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد والحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار ٠٠٠ " والمقصود بالحقوق العينية على العقار في النص أى تصرف ناقل للملكية ، كالبيع والهبة والمقايضة والوصية بالعقار ٠ فإن كان التصرف مقرراً ، فلا يحول دون قيام المرتهن

[90] إذا كان قيد الرهن لا يجعله نافذاً في مواجهة المصرف إليه الذي سبق إلى التسجيل فقد يحتج على ذلك ، بمنع القيد ، عديم الفائدة ، وحتى لا يزدحم التسجيل العقارى بقيود لا أثرها ٠٠٠ ومردود على ذلك ، بأن صدور تصرف ناقل للملكية العقارية من الراهن لا يحول بين المرتهن وإجراء القيد ، فالملكية في العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل – الزقرد / ص ١٠٥ / بند ٩٠ – فإذا سجل التصرف الناقل للملكية ، بعد القيد ، انتقل القيد إلى المنصرف إليه غير خال من الرهن وعكس ذلك مرقس / رقم ١٠٠ بصفة خاصة ٠

بقيد، رهنه برغم تسجيل التصرف المقرر ، وعليه يجوز للمرتهن من المشتاعين ، قيد الرهن ، رغم تسجيل القسمة[91] ٠

ولكن مجرد صدور التصرف في العقار من الراهن لا يحول بين المرتهن وإجراء القيد لأن الملكية لا تنتقل في العقارات إلا بالتسجيل، بحيث إذا سجل العقار بعد ذلك انتقل إلى ملكية المكتسب محملاً بالرهن٠

٣- تسجيل الرغبة في الأخذ بالشفعة :

١٩٥- إعمالاً لما ورد بالمادة ٩٧٤ مدني لا يسرى في حق الشفيع أى تصرف من المشترى من شأنه نقل الملكية أو ترتيب حق عينى آخر إذا كان قد صدر بعد التاريخ الذي أصبح فيه إعلان الرغبة حجة على الغير بتسجيله وفقاً للمادة ٩٤٢ويكون للدائنين المقيدة حقوقهم ما كان من أولوية فيما آل إلى المشترى من ثمن ٠

ومن قبل نصت المادة ٩٤٠ مدني على أنه لا يكون إعلان الرغبة حجة على الغير إلا إذا علم به فإذا كان المبيع عقاراً ، فيكون تسجيل إعلان الرغبة قرينة قاطعة على علم الغير ٠

---

91 البدراوى / ص ٩٣ / بند ٦٨ – الذي أشار إلى موسوعة دالوز / ج ٢ / ص ١٠٤٤ رقم ٢٣٤ وانظر الأهوانى / ص ٣٩٦ / بند ٣٠٩ ٠

- والمتأمل بالنصين يرى بأن المرتهن الذي يقيد حقه بعد تسجيل الرغبة في الشفعة لا يكون له حق التتبع في مواجهة الشفيع ولكنه لا يفقد حق الأفضلية فيما آل إلى المشترى من ثمن العقار وبعبارة أخرى فإن تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة قبل قيام الدائن المرتهن بقيد العقار ، يعطل وجهاً واحداً من آثار الرهن وهو التتبع لكنه لا يمنع المرتهن من حق الأفضلية .

وعلى عكس ذلك يكون للدائن المرتهن كافة آثار الرهن في حق الغير إذا قيد حقه قبل تسجيل الشفيع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة على العقار المشفوع فيه .

٤- شهر الإفلاس:

١٩٦- بعد أن نصت المادة ١٠٥٣ مدني على القاعدة العامة لنفاذ الرهن بقيده في حق الغير وردت عبارة " على أن يكون ذلك بمراعاة الأحكام المقررة في الإفلاس ... " – ولما كانت أحكام الإفلاس قد نظمت بقانون التجارة[٩٢] ، فطبقاً للمادة ٥٩٨ منه لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات التالية إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس ومنها ... كل رهن أو تأمين اتفاقى آخر وكذلك كل اختصاص يتقرر على أموال المدين ضماناً لدين سابق على التأمين .

---

[92] المواد من ٥٥٠ إلى ٦٦١ من القانون رقم ١٩٩٩/١٧ .

ويستفاد من النص بمفهوم المخالفة أن ما يقيد من رهون[93] بعد صدور حكم إشهار الإفلاس لا يكون له أثر قبل جماعة الدائنين وليس للدائن المرتهن والحال هذا إلا أن يتقدم في التفليسة كدائن عادى " بلا أفضلية " على سند بأن الدائن يعتبر غيراً بصدور حكم الإفلاس بما يؤدى إلى عدم الاعتداد في مواجهته بأسباب الأفضلية التى لم تقيد حتى ذلك الوقت [94] .

والنص يذهب بعيداً ليشمل عدم نفاذ عقد الرهن الذي يبرمه المدين خلال فترة الريبة قبل الدائنين ومن باب أولى يسرى الحكم على قيد الرهن .

ونصت المادة ١/٦٠١ تجارى على أن قيد حقوق الرهن أو الامتياز المقررة على أموال المدين يجوز الحكم فيها بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين إذا قيدت بعد تاريخ التوقف عن الدفع وبعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز أو الاختصاص ، ويشترط لسريان الحكم الوارد بالنص أن يحصل قيد الرهن خلال فترة الريبة وأن تنقضى مدة ثلاثين يوماً من تاريخ إنشاء الرهن وتاريخ القيد .

[93] باعتبار أننا نعرض لأحكام الرهن ، بينما يسرى النص على سائر التأمينات العينية الواجب قيدها ، لسريانها قبل الغير ، كما يسرى في الحقوق العينية الأصلية ، الواجب تسجيلها .

[94] والنص لم يضف جديداً إلى ما سبقه من نصوص ، وإن بين صراحة أن الجزاء ، عدم نفاذ الأثر ، لا بطلانه كما هو الشأن في نص مادة ٢٣١ تجارى مصرى ... مع ذلك – تناغو / ص ٢٥٠ / بند ٨٨ – مؤكداً بأن إبطال القيد في النص المذكور ، يعنى الحكم بعدم نفاذ أثره – عكس ذلك البدراوى / ص ٩١٨/ بند ٧١ .

ونخلص مما سبق أن ثمة وقائع قد تطرأ فتوقف إجراء القيد وخاصة تسجيل تصرف ناقل ملكية العقار المرهون إلى الغير "[95] أو تمنع نفاذه وتشمل تسجيل طلب الحجز على العقار ، أو تسجيل الرغبة في الأخذ بالشفعة وشهر الإفلاس.

- وبعضها يشمل كل أموال المدين أياً كانت ، وبعضها يقع على أموال معينة من بينها .

ونلفت النظر بأن وقف القيد لا يتعلق إلا بالقيد الجديد ، لكنه لا ينصرف إلى تجديد قيد قديم ، فهو على ما سنرى جائز في كل وقت ، مادام تم قبل الوقائع السابقة .

سادساً- نفقات القيد:

١٩٧- نفقات القيد ، كنفقات عقد الرهن يتحملها الراهن ، فقد نصت المادة ١٠٥٥ مدني على أن مصروفات القيد ، وتجديده ، ومحوه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك .

- ومؤدى النص ، أن الدائن المرتهن إذا أنفق شيئاً من النفقات المذكورة أمكنه الرجوع على الراهن بما أنفق، والمهم أن النص يخول الراهن الحق في

[95] بينما اختلف الفقه المصرى ، بشأن ما إذا كانت وفاة الراهن ، مانعاً من إجراء القيد ، فأجاب البعض إيجابياً / جمال زكى / ص ٢٨٠ / ومرقس / ص ١٦٨ / بند ١٠٤ . وأجاب البعض سلباً ، منصور / ص ١١٠ / بند ٤٩ – البدراوى / ص ٩٩ / بند ٧٣ – تناغو / ص ٢٥٣ .

استرداد المصروفات بضمان الرهن ، وبذات المرتبة التى اكتسبها بالقيد[96] .

والمصروفات المذكورة بالنص ، وردت حصراً فلا يجوز أن يتحمل الراهن بغيرها ٠

وأخيراً فإن المادة ٩٩٩ مدني تشتمل على قاعدة مكملة بحيث يجوز الاتفاق على ما يخلف أحكامها بتحميل المرتهن لا الراهن بعض المصروفات المذكورة٠

سابعاً- تجديد القيد:

نصان، وتعليق :

١٩٨- نصت المادة ٤٣ من قانون الشهر العقارى على أن القيد يسقط اذا لم يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه، على أن للدائن أن يجرى قيداً جديداً إن أمكن ذلك قانوناً تكون مرتبته من وقت إجرائه ولكن تجديد القيد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذي أجرى فيه ٠

ونصت المادة ٤٤ من القانون المذكور على أن تجديد القيد واجب حتى أثناء إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ولكنه لا يكون واجباً إذا انقضى الحق أو طهر العقار وبوجه خاص إذا تم بيع العقار قضاءً ٠

---

[96] البدراوى ص ١٠٢ / بند ٧٦ ٠

ومفاد ما تقدم أن القيد يسقط إذا لم يجدد قبل انقضاء عشر سنوات من تاريخ إجرائه والحكمة من ذلك أن ييسر للغير أمر البحث على العشر سنوات الأخيرة[٩٧] " وبما يضمن حسن سير نظام الشهر " ٠

ونتساءل عن مدى صحة هذه الحجة في الوقت المعاصر الذي تنظم فيه القيود من خلال قاعدة بيانات عن طريق الحاسب الآلى بما ييسر التعرف على حالة العقار أياً كانت مدة قيد الرهن[٩٨] كذا فإن سقوط القيد[٩٩] إن لم يجدد يترتب عليه فقد الدائن لضمانه وهو جزاء شديد القسوة لا يتناسب والحماية المقررة للدائنين المرتهنين ولا يتناسب ومجرد نسيان المرتهن تجديد القيد قبل تمام العشر سنوات ٠

وقد يحتج على ذلك بأن إغفال التجديد لا يؤدى إلى سقوط حق الرهن وإنما سقوط مرتبة الرهن وبذا يحتج على المرتهن في الفترة من سقوط القيد الأول إلى القيد الجديد بأية حقوق عينية قررها الراهن على العقار بل وأبعد من ذلك قد يقع طارىء مما ذكرناه آنفاً ٠٠٠ يحول دون إجراء القيد أو يمنع نفاذه وبذا يبقى جزاء سقوط مرتبة الرهن التى تقررت بالقيد غير ملائم ومجرد نسيان تجديد القيد قبل انقضاء عشر سنوات خصوصاً ، أن الحجة العملية الخاصة

97 منقول عن بيدان وفوران / ج ١٤ / بند ٩٣١ – عن البدراوى / ص ١٠٥ وحجج أخرى في الأهوانى / ص ٤٢٦ / بند ٣٣٥ ٠

98 ومن المعمول به حاليا ، سواء لشهر الحقوق العينية التبعية " القيد " أو الحقوق الأصلية " التسجيل " وليس في الثانية ، بعكس الأولى تجديد ٠

99 بقوة القانون ، بحيث يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ٠

بازدحام دفاتر التسجيلات العقارية بقيود مضى عليها زمن بعيد لا معنى لها في زمن الحاسوب فيما ذكرنا ٠ إلى هذا فإن سقوط الرهن لعدم تجديده مقبول عملاً فى ظل نظام الشهر العقارى أما في نظام الشهر العينى فلا معنى له حيث تخصص صحيفة لكل عقار تظهر فيها حالة القانونية بما يوفر مشقة البحث عن سجلات الشهر ٠ ولذا لم ينص قانون السجل العينى رقم ١٩٦٤/١٤٢ على سقوط القيد، ولا عن تجديده ٠

وأيا ما كان الأمر فإن تجديد القيد فيَ موعده يرتب أثره من حيث احتفاظ الرهن بمرتبته الأصلية أى تلك التى اكتسبها بالقيد الأصلى أو بعبارة أخرى منع سقوط القيد على ما يرتبه من آثار ٠

فإن لم يجدد القيد في موعده أمكن لأى شخص من الغير في معنى القيد أن يحتج بعدم حصول التجديد[100] ومن هؤلاء من آلت إليه ملكية العقار المرهون أو اكتسب عليه حقاً عينياً وكذا للدائنين العاديين الاحتجاج بعدم حصول التجديد بينما لا يجوز للراهن ولا ورثته التمسك بعدم حصول التجديد لأن التجديد كالقيد أثره نفاذ الرهن في مواجهة الغير وهؤلاء ليسوا غيراً لا في معنى القيد كما أسلفنا ولا معنى فى التجديد ٠

---

[100] حتى ولو كانوا عالمين بوجود الرهن ، وسبق قيده / نقض ١٩٤٢/٦/١١ / عمر / ج ٣ / ص ٤٧٣ / رقم ١٧١ فيما أشرنا إليه في البدراوى / ص ١٠٩ / هـ ٤ ٠

ونذكر بأن الرهن بإنشائه يعتبر نافذاً في مواجهة طرفيه بينما يقتصر آثار القيد والتجديد فقط على نفاذه قبل الغير[١٠١] .

وبأن المشرع يوجب بالمادة ٤٤ من قانون الشهر العقارى إجراء التجديد حتى أثناء إجراءات التنفيذ أى أثناء الإجراءات التى تتخذ لنزع ملكية العقار المثقل بالحق العينى " .

---

101 الأهوانى / ص ٤٣٥ / والبدراوى / موضع سابق .

المطلب الثانى

حق التقدم – الأفضلية

Droit de Préference

نصوص قانونية ، إحالة وتقسيم:

١٩٩- تناول التقنين المدني حق التقدم أو الأفضلية في أربع مواد " من ١٠٥٦ إلى ١٠٥٩ " نص في الأولى منهم ، على تحديد مرتبة الدائن المرتهن وعلى تحديد وعاء التقدم أو الأفضلية.

بينما خصص المادة ١٠٥٧ مدني لبيان مرتبة الرهن لو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط أو كان ديناً احتمالياً أو مستقبلاً .

- ثم بينت المادة ١٠٥٨ مدني الحقوق التى يستوفيها الدائن المرتهن بالأفضلية على غيره ، بينما نصت المادة ١٠٥٩ مدني على حكم تنازل الدائن المرتهن عن مرتبته .

١٩٩- مكرراً- ولما كنا قد عرضنا للحقوق التى يستوفيها الدائن المرتهن بالتقدم على غيره عند تناولنا لأحكام القيد فإننا نحيل إليها . ونقتصر في دراستنا على تحديد وعاء التقدم ومرتبة الدائن المرتهن عند التزاحم وأخيراً نزول الدائن عن مرتبته على التفصيل الآتى بيانه:

الفرع الأول

وعاء التقدم

٢٠٠- نبادر إلى التنويه – في البداية – بأن المقصود بوعاء التقدم الأموال التى يستوفى الدائن المرتهن حقوقه منها متقدماً على غيره من الدائنين أى بالأولوية أو الأفضلية عليهم ٠

ولبيان وعاء التقدم، نصت المادة ١٠٥٦ مدني على أنه يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذي حل محل العقار وذلك بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد ٠

وهذا النص يكمله نص المادة ١٠٤٩ مدني ومؤداه، إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ٠

ويبين من النصين المذكورين ، أن للدائن حق التقدم أو الأفضلية ليس فقط على ثمن العقار ، وإنما على أموال تحل محل العقار على الوجه الآتى بيانه:

أولاً- للدائن حق التقدم على ثمن العقار:

٢٠١- الرهن فيما قدمنا يشمل العقار والملحقات التى تعتبر عقاراً على المعنى الوارد بالمادة ١٠٣٦ مدني وتفريعاً على ذلك فإن للدائن المرتهن أن يباشر حقه في التقدم على ثمن العقار ، وعلى ثمن ملحقاته ومنها على وجه الخصوص الأبنية ، والأشجار التى تكون قائمة وقت الرهن على العقار المرهون ، أو تستحدث بعده، وحقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص ، وجميع التحسينات والإنشاءات التى تجرى في العقار المرهون ، وذلك كله ما لم يتفق على غيره .

ونلفت النظر بأن للدائن حق التقدم على ثمن العقار، أو على ثمن ملحقاته على النحو الذي بسطناه سواء تم بيع العقار قضائياً بطريق المزاد المعنى، أو عن طريق " الاتفاق " .

ثانياً- للدائن حق التقدم على المال الذي يحل محل العقار:

٢٠٢- رأينا بأن المادة ١٠٣٦ مدني قد اشتملت على قاعدة مؤداها أن للدائن المرتهن استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذي حل محل هذا العقار ... كما اشتمل التقنين المدني على تطبيقين لهذه القاعدة : **الأول،** تضمنه نص المادة ١٠٤٩ مدني بانتقال الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب

على هلاك العقار المرهون أو تلفه لأى سبب كان كالتعويض ، ومبلغ التأمين، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة · **والثانى** ، تضمنه نص المادة ١٠٣٨ مدني وبمقتضاه إذا انتهت ملكية الراهن للمبانى المرهونة بانتهاء حقه في الانتفاع أو في الإيجار مثلاً، فأصبح صاحب الأرض مالكاً لها يكون للدائن المرتهن الأفضلية في استيفاء حقه من ثمن الأنقاض إذا هدمت المبانى أو من التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبانى المذكورة وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق ·

- وأخذاً من القاعدة العامة ، وتطبيقاتها فإن حق التقدم يباشره الدائن على ثمن العقار ، وإنما كذلك على أى مال يحل محل العقار على اتساع النص ليشمل التعويض والتأمين ، ومقابل نزع الملكية ·

وقد اتجه رأى في الفقه المصرى لتفسير الحكم بالمادتين ١٠٤٩، ١٠٥٦ مدني على أنه محض تطبيق للحلول العينى[102] على سند بأن حق الدائن لا يقع فقط على العقار بل على كل مقابل مالي يحل محل العقار كالتعويض ومبلغ التامين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة [103] · ومع ذلك تظل نظرية الحلول العينى صالحة للتطبيق، فيما إذا كان دين الدائن غير مستحق الأداء، قبل استحقاق الدين، فيخصص المقابل لضمان حق الدائن إلى أن يصبح مستحق

[102] مرقس / بند ٧٧ – وقرب ، على تفاصيل أخرى ، الأهوانى / ص ٤٧٢ ، بند ٣٧٣ ·
[103] مجموعة الأعمال التحضيرية تعليقاً على نص م ١٠٥٦ مدني / ج ٧ / ص ٥٤ ·

الأداء بحلول أجله إن كان مؤجلا أو بتحقق الشرط المعلق عليه إن كان معلقاً على شرط .

وكذا إذا حل محل العقار ، غير المال، كعقار آخر يقدمه الراهن بدلاً من العقار الهالك ، وفيها ينتقل حق الدائن المرتهن إلى العقار الجديد، إعمالاً لفكرة الحلول العينى [١٠٤] .

أما إذا نتقل الرهن إلى المقابل الذي يحل محل العقار فهو محض تطبيق لصريح المادتين ١٠٤٩ ، ١٠٥٦ من القانون المدني .

- وأيا ما كان ، أى سواء حل المقابل محل العقار فينتقل إليه الرهن ، إعمالاً لفكرة الحلول العينى ، أو أخذاً من نص صريح ، للمادتين ١٠٤٩ ، ١٠٥٦ مدني – فإن المهم أن الدائن يباشر حقه في التقدم ليس فقط على ثمن العقار وإنما على ما يحل محله من التعويض ، أو مبلغ التامين ، أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة على التفصيل الآتى بيانه:

أ- التعويض

٢٠٣- المقصود بالتعويض ، المبلغ المستحق في ذمة المسئول عن هلاك أو تلف العقار المرهون بصرف النظر عن طبيعة الخطأ أو المسئولية .

[104] منصور / بند ١٣٠ / ص ٢٢٥ .

ومعنى التقدم على المبلغ المذكور أن يكون للدائن المرتهن استيفاء حقه منه ، بالأولوية على سائر الدائنين العاديين وعلى الدائنين الآخرين أصحاب التأمينات العينية التالين له في المرتبة ، حتى ولو كان حق الدائن مؤجلاً ، اعتباراً بأن هلاك المرهون يرتب سقوط الأجل ٠

وللدائن المرتهن ، لضمان حقه في التعويض حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد المسئول لكى يمنع على الأخير الوفاء للراهن إنما في حدود حق الدائن المرتهن [١٠٥] ٠

ومقابل ذلك ، إن لم يقم الدائن المرتهن بحجز ما للمدين تحت يد المسئول ولم يقم بإخطاره على النحو الذى بسطناه كان وفاء المسئول للراهن مبرراً لذمته ولا يغير من ذلك علمه بوجود رهن مقيد على العقار الهالك أو التالف ولا افتراض علمه به ، من باب أولى٠

ب- مبلغ التأمين:

٢٠٤- تفترض هذه الحالة أن العقار مؤمن عليه ضد خطر بحيث إذا وقع الخطر المؤمن عليه ، التزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين، بالأولوية على المؤمن، يتعلق حقه بمبلغ التأمين وتطبيقاً لذلك ورد بالمادة ٧٧٠ مدني بخصوص التأمين

---

105 فيما يراه البدراوى/ ص ١٥٠ / بند ٢٠٦ مؤيداً من شمس الوكيل / نظرية التأمينات في القانون المدني / ١٩٥٦ / ط ٣ / ص ٢٨٩ وبعدها فيما أشير إليه – في هـ (١)

على الحريق بأنه إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلاً برهن حيازى أو برهن تأمينى أو غير ذلك من التأمينات العينية ، انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين •

ج- مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة :

٢٠٥- إذا نزعت ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة ، استحق الدائن المرتهن اقتضاء حقه من التعويض المستحق مقابل نزع الملكية ، ولا يغير من ذلك أن يكون الدين مؤجلاً، باعتبار أن نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة هلاك قانونى للعقار، بأخذ حكم الهلاك الواقعى أى يترتب عليه سقوط أحل الدين •

وقد وضع المشرع بالقانون رقم ١٩٥٤/٥٧٧ الخاص بنزع الملكية إجراءات تكفل إعلام أصحاب الحقوق العينية التبعية بنزع الملكية حتى لا ينفرد المالك بقبض التعويض •

الفرع الثانى

مرتبة الدائن المرتهن عند التزاحم

نسارع للتنويه في البداية بأن معيار الأولوية عند تزاحم الدائنين هو تاريخ القيد• وعليه فإن الدائن المرتهن يتقدم في استيفاء حقه على سائر الدائنين

العاديين غير المقيدة حقوقهم وعلى أصحاب التأمينات العينية التالين له في شهر حقوقهم ٠

وتفريعاً على ذلك إذا تزاحم عدد من الدائنين المرتهنين ، كانت الأولوية بينهم بحسب تاريخ قيد الرهن٠

فإذا كانت رهونهم مقيدة في يوم واحد ، فالأسبقية تكون بحسب تاريخ وساعة إجراء القيد ٠

وإن تزاحم دائن مرتهن ، وصاحب امتياز عقارى خاص ، تعين تطبيق ذات القاعدة ، بحيث تكون الأولوية لمن سبق إلى القيد منهم[١٠٦] ، فإن كان الامتياز عاماً ، فهو الأسبق في المرتبة على امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده – المادة ٢/١١٣٤ مدني – أما فيما بين حقوق الامتياز العامة ، فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة٠

106 وقد نظم القانون الخاص بنزع الملكية للمنفعة الإجراءات الخاصة بحماية أصحاب التأمينات العينية تفصيلاً للمؤلف ، الحماية الخاصة للدائنين المرتهنين – دراسة مقارنة / تحت الطبع – وإعلام هؤلاء بنزع الملكية ، أحد أهم مظاهر حمايتهم ، وإلا انفرد المالك بقبض التعويض ، وصور أخرى للحماية في المؤلف السابق ٠

استثناءات:

٢٠٦- ما ذكرناه، متعلقاً بتحديد مرتبة الرهن بتاريخ قيده قاعدة عامة يستثنى منها ما يلي[١٠٧]:

أولاً: إذا رهن الشريك على الشيوع حصته الشائعة من العقار فوقع في نصيب الراهن عند القسمة أعيان غير التى رهنها انتقل الرهن بمرتبتة بعد القسمة لما يقع في نصيب الراهن أو إلى قدر مفرز يعادل حصته الشائعة أصلاً إعمالاً لما ورد بالمادة ١٠٣٩/٢ مدنى[١٠٨].

ويشترط لاحتفاظ الرهن بمرتبته تجديد القيد خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أى ذى شأن الدائن المرتهن بتسجيل القسمة ، على أن انتقال الرهن على هذا النحو لا يضر برهن صدر من جميع الشركاء ، بمعنى أن الرهن الصادر من جميع الشركاء يتقدم على الرهن الصادر من الشريك ، ولو كان مقيداً في تاريخ لاحق على قيده " استثناء من قاعدة الأولوية وفقاً لتاريخ القيد " ويضيف المشرع بأن انتقال الرهن على هذا الوجه لا يضر برهن صدر

[107] وهى استثناءات لا تتضح مع ذلك إلا باستقراء ما ورد بالتقنين المدني متعلقاً بالحقوق العينية الأصلية والتبعية على السواء .

[108] ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أى ذى شان بتسجيل القسمة. ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين .

من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين ولو كان قيد الرهن سابقاً على قيد امتياز التقاسم خروجاً على قاعدة أن الأولوية ، تحدد بتاريخ القيد ٠

ثانياً: لما كانت القاعدة، فيما ذكرنا ، أن الرهن الرسمى يشمل ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً وعلى وجه خاص التحسينات والإنشاءات التى تجرى في العقار المرهون – المادة ٩٧٧ مدني فامتداد الرهن على هذا لا يصح أن يضر بامتياز المبالغ المستحقة لكل من المقاولين والمهندسين[١٠٩] المعماريين المنصوص عليه بالمادة ١١٤٨ مدنى[١١٠] ٠

ثالثاً- إذا تزاحم دائن مرتهن رهناً رسمياً، ودائن مرتهن رهناً حيازياً عقارياً فالأول، على ما رأينا يكون نافذاً في مواجهة الغير بقيده والثانى على ما سنرى لا يكون نافذاً قبل الغير إلا بقيده وبانتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى الأجنبى الذي ارتضاه المتعاقدان – المادة ١١٠٦ مدني ٠

---

[109] ولا يمكن تفسير اتساع الامتياز فى القانون الفرنسى ليشمل المهندس عموماً ، وتضييق نطاقه في القانون المصرى ، فلا يشمل سوى المهندس المعمارى ، بمنأى عن المسئولية العشرية ، التى تثقل المهندس عموماً ، بالنص الفرنسى، والمهندس المعمارى فقط بالقانون المصرى، وانظر في أسباب أخرى أحمد الزقرد / دعوى المشترى بالضمان الخاص للمبانى والإنشاءات في مواجهة المقاول أو المهندس / مجلة الحقوق / س ٢٢ ، ع ٢ / يونيو ١٩٩٨ / عدد خاص / ص ٥٠٣ / وما بعدها • خاصة ص ٥٧٩ / بند ١٢١ ٠

[110] وفيه أن المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو في صيانتها يكون لها امتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه ٠

وترتيباً على ذلك إذا قيد رهن رسمى لاحقاً لقيد الرهن الحيازى ولكن قبل انتقال حيازة المرهون إلى الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان ، كانت الأولوية للرهن الرسمى ، وإن قيد بعد قيد الرهن الحيازى ٠

وإذا كان المشرع قد استثنى من قاعدة الأولوية وفقاً لتاريخ القيد ما ذكرناه آنفاً ، فإن التساؤل يثور بصدد كيفية تحديد مرتبة الرهن الضامن لدين مستقبل أو احتمالى أو شرطى[111] ؟ والإجابة، بأن مرتبة الرهن تحسب في هذه الحالات من وقت قيده ، أخذاً من نص المادة ١٠٥٧ مدني ٠

إلا أن التساؤل يثور مع ذلك بصدد كيفية مباشرة التقدم عند توزيع ثمن العقار، أو المال الذي حل محله قبل أن يتحقق الشرط ، أو قبل أن يوجد الدين المستقبل أو الاحتمالى ٠٠؟ وتزداد المسألة صعوبة إذا علمنا أن المشرع وإن أجاز الرهن ضماناً لدين مستقبل أو احتمالى أو شرطى وجعل مرتبة الرهن تحدد بوقت القيد ، إلا أنه لم ينظم كيفية مباشرة حق التقدم عملاً، أى حينما يجرى توزيع ثمن العقار أو ما يحل [112] محله خاصة إذا قيد الدائن المرتهن سابقاً في القيد للدائنين الآخرين عند التزاحم ٠٠؟ ولا يتسنى الإجابة على هذا

---

[111] شريطة أن يتحدد من عقد الرهن مبلغ الدين الذي يضمنه الرهن، أو الحد الأقصى الذي ينتهى إليه هذا الدين ، المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص المادة ٩٨١ مدني / ص ٧٤٢ ٠

[112] تفصيلاً ، منصور / ص ١٠٨ ، وما بعدها ٠ البدراوى / ص ١٥٧ / بند ١٠٩ ٠

التساؤل إلا بالتفرقة بين الدين الشرطى والدين الاحتمالى وفى الأول ينبغى التمييز بين الشرط الفاسخ والواقف على النحو الآتى:

(أ) إذا كان الدين احتمالياً كأن يترتب الرهن ضماناً لفتح حساب جار وفيه لا يتحقق وجود الدين ولا يتعين مقداره إلا بقطع الرصيد فإن شرع في توزيع العقار الضامن لهذا الحساب ذهب رأى إلى توزيع الثمن على بقية الدائنين مع إلزامهم بتقديم ضمان عينى يكفل الوفاء بالمبلغ الأقصى المحدد في قائمة القيد[113] بينما اتجه رأى إلى توزيع حصص الدائنين السابقين للدائن المرتهن " البنك " وتبقى حصص الدائنين المتأخرين معلقة على قيد الدين الناشىء من الحساب الجارى ٠

(ب) فإن كان الشرط واقفاً أمكن تقدير حصة احتمالية للدائن المرتهن بينما يتم توزيع ثمن العقار كله على الآخرين من الدائنين مع إلزام كل من كان منهم تالياً في المرتبة للدائن المرتهن بتقديم تأمين كاف يضمن حق المرتهن إذا تحقق الشرط المعلق عليه الدين المضمون بالرهن ٠

(ج) أما إذا كان الشرط فاسخاً كان للدائن المرتهن استيفاء حقه وفقاً لمرتبته في القيد ، ولما كانت القاعدة أن تحقق الشرط الفاسخ مستقبلاً يرتب زوال حق الدائن بأثر رجعى ، وجب التحفظ لحقوق الدائنين الآخرين فإن لم يفعل أمكن

113 بلانيول ، ريبير ، بواسطة بيكيه / ج ١٣ / بند ٩٧٦ عن البدراوى موضع سابق / هـ (١) ٠

لسائر الدائنين المعارضة في تسليمه ما يستحق حتى يتبين مصير الشرط على ما ذهب إليه الفقه[114] ٠

الفرع الثالث

نزول الدائن عن مرتبته

نص وتعليق :

٢٠٧- للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون لهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التى يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة – المادة ١٠٥٩ مدني ٠

ونلفت النظر في البداية أن المقصود بالنزول في النص نزول الدائن المرتهن عن مرتبة الرهن فقط لا النزول عن الرهن ففرق بين النزول عن الرهن والنزول عن مرتبته والأول سبب لانقضاء الرهن بما في ذلك آثاره والثانى لا يتضمن أى نزول عن الرهن ذاته بل تنازل الدائن المرتهن المتقدم في المرتبة لدائن آخر تال له في المرتبة مع بقاء حق المتنازل مضموناً بالرهن وهو جائز بنص المادة السابقة ٠

114 منصور / بند ٥٨ / ص ١٠٩ – وضمنا ، البدراوى / ص ١٥٧ / بند ١٠٩ – تعليقاً على نص المادة ١٠٥٧ مدني مصرى ٠

كذا فإن النزول عن الرهن جائز بصرف النظر عن تعدد الدائنين المرتهنين على العقار بينما النزول عن المرتبة يفترض بالضرورة تعدد الدائنين مع تقديم المتنازل إليه ٠

- وفرق كذلك بين النزول عن مرتبة الرهن وحوالة الحق المضمون فبينما النزول عن مرتبة الرهن عمل قانونى يقصد منه انتقال مرتبة الرهن بتقديم اللاحق من الدائنين عن السابق في القيد من دون انتقال الحق المضمون بالرهن ولا انتقال الرهن ذاته ٠ فإن حوالة الحق المحال إلى المحال له تكون بجميع تأميناته ومنها الرهن، فيستفيد الأخير منه بمرتبته ٠

ويتفرع على ذلك ، فإن انتقال الرهن يأتى تبعاً لانتقال الحق المضمون في حين أن النزول عن مرتبة الرهن عمل قانونى مستقل، ينقل المرتبة من المتنازل إلى المتناول إليه ، دون أن ينقل الحق المضمون ، ولا حق الرهن ذاته٠

وحملاً على سبب آخر ، يختلف النزول عن مرتبة الرهن " التقدم " عن الوفاء مع الحلول، ففى الأول لا ينقضى دين الدائن ، فيحل الموفى محله في رجوعه على المدين وسواء كان الحلول قانونياً ، أو اتفاقياً – المادة ٣٢٩ مدني٠

وأخيراً فإن المتأمل بنص المادة ١٠٥٩ مدني يرى بأنه لا يجيز النزول عن مرتبة الرهن " التقدم " على إطلاقه ، وإنما يقيده بقيود عدة تكفل في مجموعها عدم إضرار النزول بسائر الدائنين ، ويتحقق ذلك مثلاً ، إن كان للدائن المرتهن ، عدة رهون على عدة عقارات ، يكفى أحدها لضمان حقه فينزل عن مرتبته على أحد هذه العقارات لدائن آخر متأخر عنه في المرتبة نظير مقابل فيفيد المتنازل ٠ أو ينزل الدائن المرتهن عن مرتبته على أحد العقارات ليتمكن المدين من الاقتراض وإعطاء الدائن الجديد هذه المرتبة [115] ٠

٢٠٨- وتتمثل قيود التنازل الواردة بالنص المذكور فيما يلى:

أ- أن يتم النزول لمصلحة دائن مرتهن آخر ، ولذا تصدرت المادة ١٠٠٣ مدني عبارة " للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار ٠٠٠ " وبمفهوم المخالفة ، لا يصح النزول عن مرتبة الرهن من دائن مرتهن قيد رهناً إنما على عقار آخر للمدين إن النزول بوصفه تبادل مراتب الرهن بين متقدم ومتأخر ، لا يكون إلا إذا وجد عدة دائنين مرتهنين مقيدة حقوقهم على نفس العقار ٠

بينما ذهب رأى في الفقه المصرى، تفسيراً لنص المادة ١٠٥٩ مدني إلى جواز النزول لمصلحة أى دائن صاحب تأمين عينى آخر بخلاف الرهن مقيداً

115 باشتراط من جانب الدائن المرتهن ، التنازل للدائن الجديد عن مرتبته بعد إبرام الرهن وقيده ٠

على العقار[١١٦] • ولا يغير من ذلك عبارة النص " لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد • • • " فلا فرق في هذا الشأن بين أصحاب التأمينات العينية جميعاً •

ب- أما القيد الثانى، فمحض تطبيق لما ورد بالفقرة الثانية من المادة ١٠٥٣ مدني بأنه لا يجوز التمسك بالتنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلى[١١٧] وقد جعل المشرع جزاء تخلف التأشير بالنزول كجزاء تخلف القيد ، عدم نفاذه في مواجهة الغير[١١٨] •

ج- ولا يكون النزول من قبل المتنازل إلا في حدود ما كان له من حق ولذا وردت عبارة النص صريحة للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بالرهن • • وعليه، فالمتنازل له لا يحل في حق أكبر مما كان للمتنازل فإن كان دين المتنازل إليه اكبر من دين المتنازل ، اقتصر حلول الأول في المرتبة " التقدم " على قدر دين الثانى فقط ، بينما يظل الباقى من الدين بمرتبته الأصلية المتأخرة والحكمة من هذا القيد ، عدم الإضرار بالدائنين التاليين للمتنازل مباشرة ، أى من يسبق منهم من المرتبة ، المتنازل إليه •

---

116 وهو الشرط الذي يتطلبه المشرع كذلك لتحويل حق مضمون برهن مقيد ، والحق الناشيء من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق سواء كان الحلول قانونياً أو اتفاقياً ، وهى إحدى المسائل التى يتفق فيها التنازل عن مرتبة الرهن ، وطرق انتقال الحق المضمون بالرهن " الحوالة " الحلول •

117 منصور / بند ٥٩ / مؤدياً من البدراوى / بند ١١ – وعكسه جمال زكى متمسكاً بحرفية النص / بند ١٥١ •

118 جمال زكى / بند ١٢٩ / وبند ١٥١ •

وحملاً على نفس العلة ، فإن النزول عن المرتبة يخول كل ذى مصلحة التمسك في مواجهة المتنازل • وقد وردت عبارة " أوجه الدفع " بالنص السابق عامة ، فتشمل لذلك كل الدفوع سواء تعلقت بالدين أو بالرهن أو بالقيد فإن كان الدفع متعلقاً بانقضاء دين المتنازل فلا يقبل الدفع إلا إذا كان سبب الانقضاء قائماً عند التنازل عن المرتبة فإن كان سبب الانقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة ، يتعين عدم قبوله [١١٩] •

[119] المذكرة الإيضاحية تعلقاً على المادة ١٠٥٣ مدني – والبدراوى معلقاً على النص / بند ١١١ •

المطلب الثالث

حق التتبع

Droit de suite

تعريف التتبع ، أحكامه ، خطة الدراسة :

التتبع ، هو حق الدائن المرتهن " مادام قيد الرهن " التنفيذ على العقار المرهون إذا انتقلت ملكيته أو اكتسب الغير عليه حقاً قابلاً للرهن[١٢٠] ٠ والتتبع كحق للدائن المرتهن يرتبط بانتقال الملكية ، أو الحق العينى إلى الغير محملاً بما عليه من رهن ٠ ويسمى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون ، أو اكتسب عليه حقاً عينياً مما يجوز رهنه وكان غير مسئول عن الدين بحائز العقار المرهون ٠

وقد وردت أحكام التتبع في التقنين المدني بالمواد ١٠٦٠ إلى ١٠٨١ ، فنصت المواد ١٠٦١ ، وما بعدها بصفة خاصة على حقوق الحائز ، وخياراته " قضاء الدين " أو تطهير العقار ، أو تخليه العقار المرهون ٠

٢٠٨ – مكرراً – وسوف نعرض بداية لشروط مباشرة التتبع ، قبل أن نعرض لحقوق الحائز وخياراته ٠

---

[120] ويقتصره البعض على الحالات التى تنتقل فيها الملكية إلى الغير ، والحقيقة أن الدائن المرتهن يباشر حق التتبع قبل الغير ، أى حائز العقار المرهون tiers detenéur ، وهو بصريح نص المادة ٢/١٠٦٠ مدنى ، من انتقلت إليه ملكية العقار ٠ وانظر سيلمر وديلبك / ص ٣٦٢ / بند ٤٢٤

الفرع الأول

شروط مباشرة حق التتبع[121]

نص قانونى ، وتقسيم:

٢٠٩- نصت المادة ١٠٦٠ مدني على أنه يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد حائزه بعد إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين ، أو يطهر العقار من الرهن ، أو يتخلى عنه .

ويعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن .

- والنص على هذا النحو يحدد شروط التتبع بالنسبة للدائن مباشر التتبع أو بالنسبة للحائز الذي يباشر التتبع قبله على النحو الآتى:

121 انظر من الفقه الفرنسى ، فيرمون، بيع العقار المسجل بالتسجيل – ج س – ب/١٩٩٤ طبعة الموثقون – ١ ص ٤٥ – وبعدها – كورنو/ المصطلحات القانونية / كلمة تأمينات – سيلمر، ديلبك / ص ٣٦١ / بعد ٤٢٢ ، وبعدها .

أولاً- الشروط الواجب توافرها بالنسبة لصاحب الحق في التتبع:

٢١٠- صاحب الحق فى التتبع، الدائن المرتهن ، إذا حل أجل دينه ، وكان رهنه مقيداً، قبل اكتساب الحائز حقه على العقار ، فثمة شروط ثلاثة إذن ، بغيرها، لا يتسنى للدائن مباشرة حق التتبع قبل الحائز الذي يتم التنفيذ على العقار تحت يديه ٠

الأول: أن يكون دائناً مرتهناً ، وهو ما يتضح من العبارة التى تصدرت نص المادة ١٠٦٠ مدنى[١٢٢] : " يجوز للدائن المرتهن " أى حتى ولو كان متأخراً في المرتبة ، فلا يستفيد عملاً من بيع العقار والمهم بأن الدائن المرتهن، يمكنه على هذا النحو مباشرة حق التتبع وإن لم يكن متقدماً في مرتبة الرهن على الدائنين الآخرين ٠

الثانى: يجب أن يكون الدين قد حل أجله : لا يستطيع الدائن المرتهن التتبع قبل الحائز قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن وقد يحل أجل الدين ، حقيقة ، أو حكماً ، بما في ذلك إفلاس المدين ، أو إضعاف التأمينات ، أو عدم تقديم ما وعد به من تأمينات ٠ أو حتى سبب نزول المدين عن الأجل ٠

---

[122] بينما نصت المادة ٢١٦٦ مدني فرنسى ، المقابلة للمادة ١٠٦٠ على أن " كل دائن مرتهن يمكنه التنفيذ على العقار في مواجهة الحائز – سيلمر ، وديلبك / ص ٣٦٠ / بند ٤٢١ – والنص بأصله الفرنسى ، ود علّى النحو الآتى:

(Les creanciers ayant privilege ou hypotheque insdrit sur un immeruble le suivent …)

وعلى عكس ذلك ، فإن الحائز ، يستفيد من الأجل القضائي الذي يمنحه القاضي للمدين • ونلفت النظر إلى أن الحائز بعكس الكفيل ، لا يجوز له حال رجوع الدائن المرتهن عليه، أن يطالب الدائن بالرجوع أولاً على الكفيل على ما رأينا •

الثالث: أن يكون الدائن المرتهن ، قد قيد رهنه ، قبل اكتساب الحائز حقه ، أى قبل تسجيل سند من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو اكتسب عليه أى حق أصلى آخر • ويلاحظ في هذا الصدد أن العبرة في الأسبقية ، عند التزاحم بين الدائن المرتهن ، ومن اكتسب حقاً عينياً أصلياً على العقار المرهون ، هى الأسبقية في القيد ، لا الأسبقية في إبرام العقد الذي أنشا الحق • وعليه إذا أبرم (أ) عقد الرهن في تاريخ معين ، بينما أبرم التصرف الذي رتب الحق العينى الأصلى " ملكية " أو غيرها في تاريخ لاحق • وتم تسجيل التصرف الأخير قبل قيد الرهن اعتبر الرهن غير نافذ في مواجهة المتصرف إليه " حائز العقار المرهون le tiers detenteurs de I'immeuble • أى لا يمكن للدائن المرتهن أن يتتبع العقار المرهون تحت يديه وقد رأينا بأن سبق التسجيل في هذا الفرض ، يمنع من إجراء القيد بمعنى أنه لا يجوز للدائن المرتهن الذي اكتسب حق رهن غير مقيد طلب القيد بعد انتقال الملكية بالتسجيل إلى شخص آخر •

ثانياً- الشروط الواجب توافرها في الحائز :

٢١١- نلفت النظر في البداية بأن المقصود بالشروط الواجب توافرها في الحائز ، هو الإجابة عن التساؤل الآتى : ضد من يمكن مباشرة الحق في التتبع ؟ أو conter qui qgir ؟ [١٢٣] ، والإجابة للدائن المرتهن ، إذا توافرت فيه شرائط مباشرة التتبع ، تتبع العقار تحت يد الحائز [١٢٤] ، وأخذاً من نص المادة ١٠٦٠ مدني ، فإن الحائز ، كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية العقار ، أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون مسئولاً مسئولية عن الدين المضمون بالرهن ، وبذا يشترط لاعتبار الشخص حائزاً الدين المضمون بالرهن ، وبذا يشترط لاعتبار الشخص حائزاً توافر الشروط الآتية:

(أ) أن يكون قد اكتسب ملكية العقار المرهون ، كله، أو بعضه ، أو حقاً عينياً عليه قابلاً للرهن ،

(ب) وان يكون قد اكتسب الملكية أو الحق العينى ، بعد قيد الرهن ، وقبل تسجيل طلب الحجز ،

(ج) وأن يكون سند الحائز مسجلاً ،

---

123 فيما تساءل عنه كذلك ، سيلمر وديلبك / ص ٣٦١ / بند ٤٢٥ ،
124 مازو/ بواسطة شابا / بند ٤٦٧ ، وهو ليس المدين ، ولا الكفيل العينى ،

(د) ألا يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ، ونفصل ذلك بالآتى:

الشرط الأول: أن يكون الحائز قد اكتسب ملكية العقار كله أو بعضه، أو حقاً عينياً علبه آخر قابلاً لرهن والمقصود بالحقوق القابلة للرهن فيما ذكرناه[١٢٥] ، الحقوق العينية التى تقبل البيع بطريق المزاد العلنى بصفة مستقلة عن العقار المقررة عليه ومن ذلك حق الانتفاع ٠ فإن لم يكن الحق ، يقبل البيع بالمزاد العلنى على هذا النحو كحق الارتفاق وحق الاستعمال والسكنى ، فلا يمكن مباشرة حق التتبع ٠

وتفسير ذلك أن الغرض من مباشرة حق التتبع ، بيع الحق موضوع التصرف بالمزاد العلنى ، فإن كان الغير قد اكتسب حقاً على العقار لا يقبل البيع بالمزاد العلنى فلا معنى لتتبعه[١٢٦] ٠

وتفريعاً على ذلك فإن الحائز العرضي للعقار ، لا يعتبر حائزاً في معنى النص الوارد بالمادة ١٠٦٠ مدني ، كمستأجر العقار أو مجرد واضع اليد عليه إذا لم تتوافر بشأنه ما ورد بالمادة ٩٤٩ مدني من شروط ٠

---

125 سابقا بند ١٣٦ ، والمادة ٢٦٩ مرافعات ٠

126 السنهورى / بند ٥٢٣ ٠ تناغو / ٢٧١ / بند ٩٥ ٠ نبيل سعد / ص ١١١/ بند ٧٨ ٠

ولا يعتبر حائزاً، من تلقى على العقار حقاً تبعياً ، كرهن رسمى أو حيازى أو امتياز وفى هذه الحالات فإن الدائن المرتهن يباشر إجراءات التنفيذ في مواجهة المالك متقدماً على أصحاب هذه الحقوق مادام قيد رهنه قبل قيد هذه الحقوق ٠

الشرط الثانى: أن يكون الحائز قد اكتسب حقه بعد قيد الرهن وقبل تسجيل طلب الحجز ، وترتيباً على ذلك ، إذا كان الغير قد شهر حقه سابقاً لقيد الرهن، فلا يمكن للدائن المرتهن ، أن يحتج برهن في مواجهته وبعبارة أخرى لا يكون له مباشرة حق التتبع ٠

وإذا اكتسب الغير حقاً على العقار بعد تسجيل طلب الحجز ، كان للدائن المرتهن تجاهل هذا الحق ، ومباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة المالك وتأكيداً لذلك نصت المادة ٢٦٩ مرافعات بأن الرهن الذي يقيد بعد تسجيل طلب الحجز على العقار لا ينفذ من حق الحاجزين ، ولو كانوا دائنين عاديين ولا في حق الراسى عليه المزاد ٠ فإن لم يكون الرهن مقيداً قبل تسجيل طلب الحجز على العقار المرهون، لم يكن للدائن المرتهن حق التتبع لا بالنسبة للحاجز، ولا بالنسبة للراسى عليه المزاد ٠

الشرط الثالث: أن يكون سند الحائز مسجلاً ، يجب أن يكون سند الحائز مسجلاً ، إذا كان قد تلقى الملكية ، أو الانتفاع بعمل قانونى ٠ أخذاً مما ورد بقانون تنظيم الشهر العقارى ، بأن الحقوق العينية الأصلية لا يمكن أن تنشا ، أو

تنتقل فيما بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة للغير إلا إذا سجل التصرف الذي يقصد منه إنشاؤها ، أو نقلها، ولا يكون لهذه التصرفات إذا لم تسجل من سوى إنشاء التزامات أو حقوق شخصية [127] ٠

الشرط الرابع: ألا يكون الحائز مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون: فلا يمكن للدائن أن يباشر حق التتبع في مواجهة الحائز، إلا إذا كان الأخير غير مسئول مسئولية شخصية عن الدين والحكمة من ذلك لا تخفى، فإن كان الشخص مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين أمكن للدائن أن ينفذ في مواجهته مباشرة، بوصفه مسئولاً ٠

وتفريعاً على ذلك ، لا يجوز مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة الكفيل العينى ليس فقط ، لأنه مسئول مسئولية شخصية قبل الدائن على ما رأينا ،وإنما كذلك لأنه الراهن ، فلم ينتقل إليه ملكية العقار المرهون – على ما رأينا أنفاً- ، ولا يعتبر الوارث حائزاً لأنه يعتبر مسئولاً في حدود ما آل إليه ، عن أداء الدين[128] وتفسير ذلك، أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين ، بما يمنع انتقال ملكية شيء من أموال المورث إلى الوارث إلا بعد الوفاء بجميع الديون ٠ وعليه فلا

127 على تفاصيل أخرى في الزقرد / الوجيز / ص ١٣٢ / بند ١٣٨ وبعده ٠

128 طبقاً للراجح في الفقه ، منصور/ ص ١٢٨ / بند ٦١ ٠ والمذكرة الإيضاحية ، تعليقاً على نص المادة ١٠٦٠ مدني / ج ٧ / ص ٩٤ ٠

يتصور انتقال ملكية العقار المرهون إلى وارث الراهن إلا إذا انقضى الدين والرهن معاً ٠

الفرع الثانى

حقوق الحائز وخياراته

Les options du tiers detenteu

٢١٢- إعمالاً لما ورد بنص المادة ١٠٦٠ مدني ، فإن للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينفذ على العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين ، أو يطهر العقار من الرهن ، أو يتخلى عنه ، وفى كل الحالات إذا لم يتخذ الحائز شيئاً من ذلك، لا يجوز للدائن المرتهن اتخاذ إجراءات نزع الملكية إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخليه العقار[١٢٩] . ومؤدى الإنذار بالدفع أو التخلية تمكين الحائز من التمسك بكل الأوجه التى من شأنها إنكار حق الدائن في تتبع العقار في يده وإلزامه ، أو الدفع بعدم سريان الرهن[١٣٠] إما لعدم صحته ، أو لعدم نفاذه كأن يدفع ببطلان الرهن أو بطلان القيد ، أو عدم تجديد القيد قبل تسجيل التصرف ٠

---

129 وللحائز أن يتمسك بهذه الدفوع ، إما بدعوى مبتداة ، أو عن طريق المعارضة في الإنذار الذي وجهه إليه الدائن في أى وقت ، ولو أثناء إجراء نزع الملكية ، أى صدور الحكم بنزع الملكية وانقضاء مواعيد الطعن فيه / البدراوى / ص ٦٨٢ / بند ١٢٩ ٠

130 سيملر، وديلبك / ص ٢٦٤ / بند ٤٥٢ ٠ وبعده / المواد ٢١٧١ مدني فرنسى ، وبعدها ٠

وعلى افتراض ، أنه ليس لديه ما يدفع به مطالبة الدائن ، أمكنه تحديد موقفه وفقاً لخيارات عدة هي: قضاء الدين ، أو تطهير العقار ، أو تخلية العقار ، أو تحمل إجراءات نزع الملكية ، والخيار للمدين، وطبقاً لما يراه محققاً لمصلحته٠

المحور الأول

قضاء الديون

Le paiement

نص وتعليق وتقسيم:

نصت المادة ١٠٦١ مدني على أنه للحائز عند حلول أجل الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره بدفع الدين ٠ ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزاد، ويكون له في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين أو على المالك السابق للعقار المرهون ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق ، إلا ما متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين ٠

وغني عن البيان أن الحائز لا يقوم بقضاء الدين إلا إذا كان يحقق مصلحة له ، ومن ذلك مثلاً أن يكون الحائز اشترى العقار بثمن لم يقم بوفائه بعد للبائع ، وتبين أن الثمن أكبر من الديون التي يضمنها الرهن ، أو مساوياً لها فيقوم بوفاء

الدين من الثمن المستحق ••• وبهذا الوفاء يقضي المشترى دين البائع قبل الدائنين المرتهنين ، ويقضى دينه بالثمن كله، أو بعضه قبل البائع ، وبذا يطهر المشترى العقار من الرهون دون أن يلجأ إلى إجراءات التطهير بما يشتمل عليه ذلك من مصروفات[١٣١] .

وإذا آل العقار إلى الحائز من دون مقابل ، واختار قضاء الديون ، فلا مصلحة للحائز في ذلك، ومع ذلك فقد يختار قضاء الديون إن وجد مصلحة في ذلك كأن كانت قيمة العقار تزيد كثيراً على مقدار الديون ، أو كان من المهم له أن يحتفظ بالعقار مهما كان الدين • فإن كانت قيمة العقار أقل من الديون فلا مصلحة للحائز في الوفاء بحقوق جميع الدائنين ، ومع ذلك يمكنه الاحتفاظ بالعقار بالوفاء للدائن المرتهن الأسبق في المرتبة فيحل محله في الرهن ، وبذا يضمن عدم رجوع الدائنين المتأخرين عنه في المرتبة ، أى يضمن عدم طلب هؤلاء بيع العقار بالمزاد، فثمنه من المزاد أقل غالباً من الثمن الذي دفعه الحائز •

ولما كان الثمن يستعمل في قضاء دين الحائز الذي حل محل الدائن الأسبق في المرتبة فمعنى ذلك أن طلب البيع بالمزاد غير مجد لهم فينصرف هؤلاء عن

---

131 سيملر، وديليك / ص ٣٦٤ / بند ٤٢٥ •

التنفيذ على العقار، فيضمن الحائز الاحتفاظ به فيما يسمى في الفقه الفرنسي بالتطهير الفعلى La purge du fait [١٣٢] ٠

٢١٢- مكرراً- والأصل أن يكون قضاء الديون التى يضمنها العقار أمراً اختيارياً للحائز إن كان يحقق مصلحته ، ومع ذلك فثمة حالات ينبغى فيها على الحائز جبراً قضاء الديون وهذه الحالات هى:

الأولى: إذا كان في ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالاً يكفى بوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه إعمالاً لما ورد بالمادة ١٠٦٣ مدني٠

والثانية: إذا كان الدين الذي في ذمة الحائز أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايراً لها جاز للدائنين أن يتفقوا جميعاً ، ويطالبوا الحائز بدف ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ، ويكون الدفع طبقاً للشرط الذي التزم الحائز في أصل تعهده أن يدفع بمقتضاه وفى الأجل المتفق على الدفع فيه ٠

الثالثة: لا يكون للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار، ولكن إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ، ويكون للحائز الحق فى محو كل ما على العقار من قيود ٠

---

132 سيملر وديليك / ص ٣٦٧ / بند ٤٣١ – والسنهورى / ص ٥٢٩ / بند ٢٦٨ – والأهوانى ص ٥٣٧ / بند ٥٣٣ ٠

وفى غير هذه الحالات، يظل قضاء الديون بالنسبة للحائز ، أمراً اختيارياً وتبعاً لمصلحته ، وإنما يثور التساؤل – مع ذلك – إلى أى وقت يكون للحائز قضاء الدين؟

ونسارع إلى التنويه بأن الحائز ، على ما ورد بالمادة ١٠٦١ مدنى قضاء الدين ، في أى وقت ولو أثناء سريان إجراءات نزع الملكية ، وإلى يوم صدور حكم بإيقاع البيع .

ومع ذلك فإن مصلحة الدائن أن يبادر لقضاء الدين فكلما تأخر زادت ملحقات الدين خاصة المصروفات التى أنفقت في الإجراءات التى يتخذها الدائنون بعد إعلان الإنذار[١٣٣] .

١- الآثار التى تترتب على قضاء الدين :

٢١٣- بعد أن نصت المادة ١٠٦١ مدني على حق الحائز في قضاء الدين " اختيارياً " حددت الآثار التى تترتب على قضاء الدين بنصها على أنه للحائز في هذه الحالة ، أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى كل من تلقى منه الحق أى المالك السابق للعقار المرهون كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين.

133 نبيل سعد / ص ١٢٤ / بند ٩ .

وبذا، فمن حق الحائز الذي وفى بالدين الرجوع على المدين إما بالدعوى الشخصية وإما بدعوى الحلول • بينما نصت المادة ١٠٦٢ مدني على أنه يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن بأن يجدده عند الاقتضاء وذلك إلى أن تمحى القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز • فدل ذلك على أن وفاء الحائز بالدين يخوله الرجوع على المالك السابق للعقار المرهون متى كان سند ملكيته يخوله الرجوع عليه بالضمان•

جملة القول إذن أن هناك ثلاثة دعاوى للحائز تترتب على وفاءه بالدين : اثنتان للحائز الذي اختار قضاء الدين قبل المدين هما الرجوع بالدعوى الشخصية ، أو دعوى الحلول محل الدائن ، كما يتولد عن الوفاء اختياراً بالدين للحائز دعوى بالضمان في مواجهة المالك السابق للعقار على النحو الآتي:

٢- دعويان للحائز الذي قضى الدين في مواجهة المدين (الدعوى الشخصية ودعوى الحلول)

أ- الدعوى الشخصية :

٢١٤- ذكرنا بأن الحائز إذا اختار الوفاء بالدين اختياراً يكون له بداية ، الحق في الرجوع على المدين بدعوى شخصية أساسها الإثراء بلا سبب أخذاً

من نص المادة ١٧٩ مدني باعتبار أن المدين وقد برئت ذمته ، بوفاء الحائز بالدين يعتبر قد أثرى بدون سبب " لأنه لم يدفع شيئاً " بينما يتمثل الافتقار في أن الحائز قد أدى ديناً غير مستحق عليه .

وبذا، يعتبر الحائز دائناً للمدين بما وفاه ويكون له بالتالى الرجوع عليه والتنفيذ على جميع أمواله إعمالاً لقواعد الضمان العام للدائنين – المادة ٢٣٤ مدني[١٣٤] .

ب- دعوى الحلول محل الدائن

٢١٥- كذا، فإن للحائز ، الذي اختار قضاء الدين، الحق في الرجوع على المدين بدعوى الحلول محل الدائن ، إعمالاً لما ورد بالمادة ١٠٦١ محمولة على المادة ٢٣٦ مدني .

ومؤدى الحلول أن يحل الموفى " الحائز " محل الدائن فيما للأخير قبل المدين من حقوق وتأمينات ، ويستثنى من ذلك التأمينات التى قدمها شخص آخر غير المدين[١٣٥] .

134 ولا يتحقق عنصر الافتقار ، إن كان الحائز مديناً لمدين ، بثمن العقار المرهون مثلاً ، او بجزء من الثمن وقام بالوفاء للدائن بمبلغ المديونية ، فإن وفى وبقى له شيء رجع على المدين .

135 والنص تطبيق لأحكام الوفاء مع الحلول – م ٣٢٩ مدني ، مع ملاحظة القيد الخاص ، بعدم جواز الرجوع إلا في حدود التأمينات التى قدمها المدين . والمذكرة الإيضاحية تعلقاً على المادة ٣٩٦ مدني / ص ٣٢٦ ، ٣٢٧ .

وعلى ذلك ينبغى لتحديد نطاق الرجوع بدعوى الحلول التمييز بدقة بين نوعين من التأمينات : الأولى، هى التأمينات التى قدمها المدين نفسه ومن ذلك مثلاً الرهن الذي قرره المدين على عقار آخر يملكه ، وهذه التأمينات يستفيد منها الحائز بالحلول محل الدائن الذي قبض الدين •

والثانية التأمينات التى قدمها غير المدين وهى الكفالة الشخصية والكفالة العينية[١٣٦] ، وهذه لا يستفيد منها الحائز الذي أوفى بالدين ، فالحائز لا يحل محل الدائن في الرجوع على كفيل شخصى كفل المدين، ولا على كفيل عينى قدم رهناً على ماله هو لضمان الدين[١٣٧] ، وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية [١٣٨] ، فإن استثناء هذه التأمينات يرجع إلى أن العقار لو بقى في يد المدين ونفذ عليه الدائن لما كان للمدين أن يرجع على الكفيل ، فلا يصح أن يسوء مركز الكفيل لمجرد وجود الحائز •

٣ـ دعوى الحائز بالضمان على المالك السابق:

٢١٦ـ كما يكون للحائز الذي اختار الوفاء بالدين أن يرجع على من تلقى منه الملكية المالك السابق للعقار المرهون بدعوى الضمان إذا كان سند ملكيته يخوله الرجوع عليه بالضمان • ومن ذلك مثلاً أن يكون من تلقى الحائز الملكية

---

[136] على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص المادة ١٠٦١ مدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية / ج ٧ / ص ١٠١ •

[137] تعليقاً على المادة ١٠٦١ مدني •

[138] البدراوى/ عقد البيع / ط ١٩٦١ / ص ٤٦٨ / بند ٢٠٤ ـ الزقرد / ص ٢٠٨ / بند ٢٢٢ •

منه بائعاً ، فيكون له " الحائز المشترى " الرجوع بالضمان على البائع طبقاً لقواعد الضمان فى عقد البيع باعتبار أن قضاء الدين المثقل به العقار من قبيل الاستحقاق الكلى أو الجزئى٠

أما إذا كان من تلقى الحائز الملكية منه لا يضمن مثل الواهب والموصى " فلا يجوز للحائز الذي قام بقضاء دين المرتهن الرجوع بالضمان[139] ٠

المحور الثانى

تطهير العقار

نصوص قانونية، تقسيم :

٢١٧- تضمن نص المادة ١٠٦٤ مدني الخيار الثانى للحائزقبل الدائن المرتهن مباشرة الحق في التتبع ، وبمقتضاها- يجوز للحائز أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل سند حقه ، وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز ، ويبقى ها الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع ٠ والنص على هذا النحو قد حدد الشروط التى يجب أن تتوافر فيمن يثبت له الحق في التطهير ووقفه ٠

139 الزقرد / ص ٢٠٨ / بند ٢٣٢ وبعده ٠

بينمـا نصـت المـادتين ١٠٦٥ ، ١٠٦٦ مـدني علـى إجـراءات التطهيـر " عرض التطهير" والبيانات الواجب ذكرها في العرض .

وتكفلت المـواد ١٠٦٧ إلـى ١٠٧٨ مـدني بتحديـد الآثـار التـى تترتـب علـى عرض التطهير .

وسوف نعرض بداية لمعنى التطهير ، وشروطه ثم إجراءاته ، وآثاره على التفصيل الآتى:

أولاً – المقصود بالتطهير وشروطه :

١- المقصود بالتطهير :

٢١٨- التطهير، عرض الحائز على الدائنين المرتهنين ، المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته القيمة العقارية للمال المرهون ، فإن قبلوها والفرض أن هنا الحـائز قـدم مبلغـاً يسـاوى القيمـة الحقيقيـة للعقـار كـان ذلـك فـي مصـلحتهم ، خصوصـاً أن عـرض الحـائز يجنـب هؤلاء إجـراءات ومصـروفات بيـع العقـار المرهـون بـالمزاد العلنـى[١٤٠] . ومعنـى قبـول هـؤلاء لعـرض الحـائز أن يقـوم الأخير بوفاء ديون الدائنين من قيمة العقار المرهون[١٤١] . فـإن رفـض الدائنون العرض أو رفضه البعض منهم تعين عليهم طلب بيع العقار حالاً ، أى حتى ولو

140 تناغو /ص ٢٩١ / بند ١٠٥ / سيملر وديلبك / بصفة عامة / ص ٣٦٧ وبعدها .
141 فلا يوفى للبائع وهو المدين الراهن ، بل يوفى بديون الأخير للدائنين المرتهنين من قيمة العقار .

كانت ديونهم مؤجلة ، والأمر عندئذ لا يخرج عن فرضين : الأول رسو المزاد على الحائز ، والثانى رسوه على غير الحائز ، وفيهما معاً يطهر العقار مما كان يثقله من الرهن ٠

والتطهير على النحو الذى بسطناه يحقق مصلحة الحائز ، بما يترتب عليه من احتفاظه بملكية العقار المرهون خالياً من الرهن دون أن يدفع مبلغاً أكبر من القيمة الحقيقية للعقار ٠

كما أنه يحقق مصلحة الراهن ، فيكفى أن يجد الأخير مشترياً لعقار مثقل بالرهن ، من دون إتباع إجراءات البيع الجبرى، بما تشتمل عليه من نفقات ومصروفات يتحملها ٠

كما أنه يحقق مصلحة الدائنين المرتهنين ، عندما يحصلون على قيمة العقار دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات البيع الجبرى[١٤٢] وإلى ذلك ، فإن التطهير وسيلة قانونية من شأنها تسهيل تداول الملكية العقارية ، اعتباراً بأن الشخص يحجم عادة عن شراء عقار مثقل بالرهون ٠ فإن وجدت وسيلة لتخليصه من الرهن كالتطهير، فلن يتردد في الشراء ٠

وبرغم المزايا السابقة فإن التطهير خيار للحائز، وهو على هذا النحو يستطيع مباشرته في الوقت الذي يريده ، وقد يختار التطهير في وقت غير

142 السنهورى / بند ١٦٥ / مرقس / بند ١٥٦ / البدرواى / بند ١٤١ / تناغو / بند ١٠٦ / نبيل سعد / بند ٩٦

مناسب للدائنين المرتهنين • كما أن الحائز في الفرض الذي فيه يكون قد تلقى ملكية جزء من العقار المرهون ، عندما يعرض تطهير هذا الجزء بدفع قيمته فإن في ذلك وفاء جزئى لحقوق الدائنين يخالف مبدأ عدم جواز تجزئة الرهن•

وأيا ما كان الأمر ، فقد رجحت مزايا التطهير على عيوبه ، ونظمه المشرع تفصيلاً في المواد ١٠٦٤ وما بعدها من القانون المدني •

٢- الشروط الواجب توافرها فيمن له الحق في التطهير:

٢١٩- صاحب الحق في التطهير على ما ورد بالمادة ١٠٦٤ مدني هو الحائز الذى سجل سند ملكية ••• فالتطهير حق للحائز، وهو على ما رأينا ، كل من اكتسب على العقار حق ملكية ، أو حق انتفاع دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن •

وتفريعاً على ذلك لا يجوز التطهير للراهن ولا لصاحب حق الارتفاق ، ولا لصاحب حق الاستعمال ، والسكنى ، ولا للكفيل الشخصي ولا للمدين المتضامن ، إذا اكتسب أى منها ملكية العقار المرهون •

ولا يجوز للمشترى استعمال خيار التطهير ، إذا كان قد تعهد للبائع الراهن بسداد حقوق الدائنين، باعتباره في هذا الفرض مسئول مسئولية شخصية عن الدين • ولا يجوز للكفيل العينى ، مباشرة خيار التطهير •

وعلى عكس ذلك يجوز التطهير لمشترى العقار المرهون وكذا يكون لصاحب حق الانتفاع مباشرة خيار التطهير . وللحائز رخصة التطهير ، ولو انتقل إليه جزء من العقار المضمون بالرهن ، ولا يحتج على ذلك، بقاعدة عدم جواز تجزئة الرهن . مادام أن مشترى هذا الجزء يعرض ثمن ما اشترى .

ويجب من ناحية ثانية ، أن يكون صاحب الحق في التطهير " الحائز " قد سجل سند ملكيته ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان الحائز قد تلقى الملكية أو حق الانتفاع بسند قابل للتسجيل كبيع مثلاً .

ثانياً- وقت التطهير:

٢٢٠- بعد أن عرضت المادة ١٠٦٠ مدني الشروط الواجب توافرها فيمن له الحق في التطهير وهو الحائز نصت على أنه للحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون الإنذار إليه أو قبل أن يوجه هؤلاء التنبيه إلى المدين .ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم توقيع الحجز على العقار من الدائن المرتهنأو إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع . أى أن الحائز، يمكنه استعمال رخصة التطهير بمجرد اكتسابه صفة الحائز دون انتظار لحلول أجل الدين ، أو قيام الدائن بإنذار المدين ، أو الحائز، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم توقيع الحجز من قبل الدائن المرتهن ، فإن تأخر عن ذلك لم يكن له خيار التطهير.

ثالثاً- إجراءات التطهير:

٢٢١- تبدأ إجراءات التطهير ، بعرض يقدمه الحائز للدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم قبل اكتسابه صفة الحائز، يبدى فيه استعداده الوفاء بالديون المقدمة إلى القدر الذي قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً بل ينحصر العرض أخذاً من نص المادة ١٠٦٥ مدني من إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال أياً كان ميعاد استحقاق الديون المعتبرة ويوجه العرض بواسطة إعلان رسمى إلى كل دائن له حق مقيد على العقار قبل اكتساب الحائز صفته كحائز، وذلك في موطنه .

ويجب أن يشتمل العرض على بيانات محددة هي :

أ- خلاصة من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه وتحديد العقار تحديداً دقيقاً ، وبيان اسم مالكه السابق . وإذا كان التصرف بيعاً يذكر الثمن ، وملحقاته .

ب- تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل .

ج- بيان الحقوق التى تم قيدها على العاقر قبل تسجيل سنده وتاريخ قيدها ومقدار الحقوق وأسماء الدائنين.

د- المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة العقار ، ويجب ألا يقل هذا المبلغ في أي حال عن الباقى من ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعاً. وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة .

ثالثاً- آثار عرض التطهير:

٢٢٢- أثران يترتبان على عرض التطهير هما التزام الحائز بالبقاء على عرضه طوال المدة التى حددها القانون وهى المدة التى يجوز فيها للدائنين قبول العرض، أو رفضه[143] وهى على ما ورد بالمادة ١/١٠٦٧ مدني ثلاثون يوماً من آخر إعلان رسمى يضاف غليها مواعيد المسافة بين الموطن الأصلى للدائن وموطنه المختار على ألا تزيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى. وأساس التزام الحائز في هذا الفرض هو الإرادة المنفردة .

أما الأثر الثانى ، فهو خيار الدائنين في قبول العرض أو رفضه ما يترتب على الرفض، من طلب بيع العقار المطلوب تطهيره بإتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية .

---

143 عن طريق بيع العقار – جمال زكى / ص ٣١٢ / بند ١٧٤ .

المحور الثالث

تخلية العقار المرهون

Delaissement

٢٢٣- الخيار الثالث للحائز هو تخلية العقار المرهون برفع الحائز يده عن العقار وتركه لحارس، أو أمين تعينه المحكمة بحيث تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية .

وتخلية العقار على هذا النحو رخصة للحائز دون غيره[١٤٤] يلجأ إليها عادة ، إذا كان غير راغب في استبقاء العقار ولا يريد في ذات الوقت أن تباشر الإجراءات ضده فيتخلى عن حيازته لحارس أو أمين تعينه المحكمة تتخذ في مواجهته هذه الإجراءات .

فإذا لم يختر الحائز الوفاء بالدين ، أو تطهير العقار من الرهون ، أو تخليه العقار على النحو الذي بسطناه ، جاز للدائن المرتهن بما يخوله الرهن من حق التتبع اتخاذ إجراءات نزع الملكية على النحو الذي رسمه قانون المرافعات .

---

[144] أى الحائز بالمعنى الذي حددناه آنفاً فلا تكون التخلية للمدين أو الكفيل الشخصي أو المدين المتضامن الذي اشترى العقار .

الفصل الثالث

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمى

انقضاء الرهن الرسمى، تعداد :

٢٢٤- ينقضى الرهن الرسمي تبعاً لانقضاء الدين المضمون كما ينقضى بصفة أصلية ، ولو لم ينقضى الدين المضمون ٠

وسوف نعرض بإيجاز [١٤٥] لانقضاء الرهن الرسمى بصفة تبعية ، ثم بصفة أصلية :

- انقضاء الرهن بصفة تبعية :

٢٢٥- الرهن الرسمى ينقضى – كما ذكرنا – تبعاً لانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الدين ، وعودته – المادة ١٠٨٢ مدني ٠ والواقع أن النص – على هذا النحو – محض تطبيق لمبدأ تبعية الرهن للدين الوارد بالمادة ١٠٤٢ مدنى[١٤٦] ٠

---

145 لأننا فصلنا هذه المسائل فيما سبق ٠
146 سابقاً /ص ١٠٤ / بند ١٢٣ ٠

- انقضاء الرهن بصفة أصلية، إحالة :

٢٢٦- يمكن أن ينقضى الرهن بصفة أصلية ، أى من دون أن ينقضى الدين المضمون • وقد نص التقنين المدني على سببين لانقضاء الرهن بصفة أصلية هما التطهير، وانقضاء الرهن بالبيع الجبرى، ونحيل بشأنهما إلى ما سبق دراسته[١٤٧] •

كما نلفت النظر بأنه يمكن أن ينقضى الرهن بصفة أصلية لأسباب أخرى هى اتحاد الذمة ، والنزول عن حق الرهن ، وهلاك العقار المرهون ، وجميعها يثير مسائل لا تخرج عن كونها قواعد عامة ، نحيل بشأنها إلى مؤلفات النظرية العامة للالتزام •

---

[147] جمال زكى / ص ٣٢٨ / بند ١٨٩ •

صدر قانون التمويل العقارى ١٤٨/٢٠٠١ [148] وبينه وبين التأمينات العينية وبين الرهن الرسمي- كل في نطاق تطبيقه – رابطة لا يمكن إنكارها ولا تجاهلها ومناط الرابطة بينهما لأمرين : **الأول**، أن قانون التمويل العقارى يلزم مشترى الوحدة السكنية أو التجارية بتقديمها في صورة رهن رسمى أو امتياز عقارى لمصلحة الممول – المادة ١ – فيكون الأول مديناً راهناً – في الرهن – والثانى دائناً مرتهناً فإن أخل الأول بالتزاماته ، كان على الثانى الحجز على العقار الضامن تمهيداً لبيعه – المادة ١٣ من القانون[149] ٠

والأمر الثانى أن الرهن في التمويل العقارى نص خاص، والرهن في القانون المدني نص عام والخاص يقيد العام من جهة ، وكل ما لم يرد عليه حكم بالنص الخاص يرجع بشأنه للنص العام من جهة أخرى ٠

والمتأمل بقانون التمويل العقارى محمولاً على الرهن الرسمى في قواعده العامة يرى ما يلى :

أولاً- أن نشاط التمويل العقارى يقتصر بنص القانون على شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين المساكن والوحدات الإدارية والمنشآت الخدمية ومبانى المحال

[148] وصدرت لائحته التنفيذية في ديسمبر من نفس العام – الجريدة الرسمية ع ٢٥ مكرر / ٢٠٠١/٦/٢٤ / والوقائع في ٢٠٠١/١١/٩

[149] وما ينطبق على الرهن العقارى ينطبق على الامتياز العقارى أى في القواعد العامة أو في قانون التمويل العقارى ٠

المخصصة للنشاط التجاري، وبذا فإن الضمان العقارى ، يتقيد بدوره بهذا النطاق ، فلا يمتد لغيره بينما الرهن في قواعده العامة يجوز أن يكون ضماناً لجميع الالتزامات أياً كان محلها : أى سواء تمثلت في عمل المدين ، أو في امتناعه عن عمل أو في الالتزام بإعطاء شيء ٠ كما يصح الرهن ضماناً لالتزامات منجزة ، أو غير منجزة ٠

ثانياً- وفى قانون التمويل العقارى فإن الضمان العقارى يقع أصلاً على أموال المدين ، فإن كان العقار محل التمويل غير مسجل باسم الممول جاز للبائع أن يقبل ضماناً للتمويل رهن أصول عقارية أخرى ، أى بخلاف العقار محل التمويل ، ويستوى بعد ذلك أن تكون هذه الأصول العقارية مملوكة للمدين أو لغيره ٠ والغير في هذا الفرض كفيل عينى ٠ بينما الرهن في قواعده العامة يفترض ملكية الراهن للمال المرهون ومع ذلك إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يقع صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية ٠ وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن ٠

والاختلاف بين نوعى الرهن ، أى كضمان عقارى في التمويل العقارى، أو في قواعده العامة لا يرتب نتائج عملية مهمة ذلك أن المال المرهون إذا قدمه غير مالك ، فإنه ينفذ في مواجهة المالك الحقيقى بإقراره فينشأ الرهن ، وهى ذات

النتيجة التى توصل إليها المشرع في التمويل العقارى عندما سمح بداية للمدين الراهن أن يقدم مالاً مرهوناً لا يملكه بإذن من المالك الحقيقى للعقار • وبذا، يتساوى الإقرار اللاحق في رهن ملك الغير في القانون المدني مع الإذن السابق للمالك الحقيقى في التمويل العقارى من حيث نفاذ الرهن •

وتأكيداً لذلك، وتفصيلاً له يجوز للممول كدائن مرتهن الاشتراط على المدين الراهن تسجيل العقار محل التمويل أى المقدم من الغير كضمان عقارى باسم المدين ، قبل رهنه رهناً رسمياً لمصلحة الممول وذلك خلال فترة يتفقان عليها•

وعندنا، أن الإذن السابق لرهن ملك الغير في التمويل العقارى أفضل من الإقرار اللاحق له في القواعد العامة على سند بأن الإقرار اللاحق يمكن أن يضر بالغير أى ممن يكون قد كسب حقاً من المالك قبل صدور الإقرار لذا حظره المشرع • وعليه إذا كان المالك قد قرر على العقار رهناً، وحقاً عينياً آخر ثم شهره قبل صدور الإقرار • فإن إقرار المالك للرهن لا يؤثر في حق الغير • فإذا فرض وكان الدائن المرتهن قيد الرهن قبل شهر حق الغير فلا يكون هذا الرهن نافذاً في حقه •

ثالثاً- وثمة حالات أخرى يصدر فيها الرهن – في قواعده العامة – من غير مالك ، ويكون مع ذلك نافذاً في مواجهة المالك الحقيقى رعاية للدائن المرتهن

حسن النية ، وتشجيعاً للائتمان، وللثقة المشروعة ولا شيء من ذلك عملاً – في الرهن كضمان عقارى في قانون التمويل العقارى ٠

وتفصيلاً لذلك ، ورد بالمادة ١٠٣٤ مدني النص على بقاء الرهن الصادر للدائن المرتهن من المالك الذى زالت عنه الملكية بأثر رجعى ، ويكون من أثر ذلك أن يعود العقار إلى مالكه الأصلى محملاً بالرهن وهو الذي تتخذ ضده إجراءات نزع الملكية ٠

- وثمة استثناءات يصدر فيها الرهن من غير مالك ، وينفذ مع ذلك لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية، بما في ذلك رهن الوارث الظاهر ، وفيه يصدر الرهن من غير وارث حقيقى يظهر على العقار بمظهر الوارث ٠ فقد إرتأى الفقه والقضاء حماية للدائن المرتهن حسن النية ، وتشجيعاً للائتمان ، وللثقة المشروعة، نفاذ الرهن في مواجهة الوارث الحقيقى ، ولذات الاعتبارات يحتج بالرهن قبل المالك الحقيقى إذا كان سند ملكية الراهن للعقار صورياً أخذاً من المادة ١/٢٤٤ مدني ٠

ولا محل لتطبيق الاستثناءات المذكورة بالقانون المدني على الرهن كضمان عقارى في قانون التمويل العقارى على سند بأن رهن ملك الغير لا يتصور عملاً في التمويل العقارى ٠ فقد انتهينا بأن الرهن يصدر من المدين الراهن ، بحيث يكون العقار المضمون بالرهن هو ذاته محل التمويل ، ويجب أن يكون

مسجلاً من البائع وبذا لا تنشأ فروض يمكن أن يصدر فيها الرهن من غير مالك ٠

إلى هذا، فإن الشركات القائمة على التمويل العقارى يساندها جهاز فنى وقانونى ،فضلاً عن خبراء للتقييم العقارى بما يضمن التأكيد على ملكية الراهن للمال المرهون [١٥٠] ٠

فإذا قدم الغير رهناً لمصلحة الدائن المرتهن ٠ فلا تنطبق عليه كذلك أحكام رهن ملك الغير ٠ بعبارة أخرى الضمان العقارى في التمويل العقارى قد يكون العقار محل التمويل نفسه أو عقار يقدمه الغير ضماناً للتمويل ، إنما ككفيل عينى تنطبق عليه قواعد الكفالة العينية لا رهن ملك الغير ٠

رابعاً- وثمة فرض لآخر، ينطبق على الرهن في قواعده العامة ولا محل له في الرهن الضامن للعقار في التمويل العقارى يتمثل في رهن البناء المقام على أرض الغير ٠ فإعمالاً للمادة ٩٢٢ وما بعدها، محمولة على المادة ١٠٣٧ من القانون المدني ،فالأصل أن كل ما يقام على الأرض من بناء يعتبر من عمل مالك الأرض أقامه على نفقته ، وبالتالى يكون مملوكاً له ٠ ومع ذلك يجوز لمن بنى في أرض الغير إقامة الدليل على أنه هو الذي أقام البناء على نفقته وفى هذه

[150] ولذا، تنص مادة ٤٤ من اللائحة التنفيذية بأن لخبراء التقييم الطلب من أطراف اتفاق التمويل العقارى ما يرونه من بيانات أو مستندات لازمة لعملية التقييم ،ولهؤلاء تحديد قيمة العقارات – م ٤٦ ٠ وإذا لم يقبل واحداً أو أكثر من أطراف التمويل العقارى التقييم ٠٠٠ تولت الجهة بناء على طلب من الطرف المعترض تكليف خبيرين آخرين بإعادة تقييم العقار ، على أن يتحمل طالب إعادة التقييم أتعابه ٠

الحالة لا يتملك البانى البناء بل يتملكه صاحب الأرض إعمالاً لقواعد الالتصاق • فإذا سلمنا بتملك صاحب الأرض البناء المقام عليها ، وكان البانى قد رهن المبنى فإنه رهن صادر ممن لا يملكه ، تنطبق عليه ذات أحكام رهن ملك الغير ، لا ينفذ قبل المالك الحقيقى إلا بإذنه • وهو فرض مستحيل في الرهن كضمان عقارى في التمويل العقارى • أما الحالة التى ورد عليها نص المادة ٦ من قانون التمويل العقارى فتقوم على أن يقدم التمويل لغرض بناء عقار على أرض مملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية المتفرعة عنها وفى هذه الحالة لا يكون الرهن ضماناً للتمويل ، وإنما تنازل المشترى عن التخصيص للممول هو الضمان •

خامساً- ويثور التساؤل عن مدى تطبيق حكم الرهن الصادر من جميع الشركاء بالمادة ١٠٣٩ مدني على رهن العقار محل التمويل في التمويل العقارى؟

والحقيقة أن التمويل العقارى يقوم فيما ذكرنا على اتفاق بين الممول والبائع والمشترى، فإن قبل الأول تمويل عدد من الأشخاص في شراء محل تجارى مثلاً على الشيوع ، أى غير مفرزة حصة كل منهم فيه • وفى هذه الحالة ينطبق على الرهن الصادر منهم أحكام الرهن الصادر من جميع الشركاء ، أى يكون

صحيحاً نافذاً في حق الجميع • فإن أفرزت الأنصبة نتيجة للقسمة فإن ذلك لا يؤثر – بالطبع – على الرهن بحيث يظل كل شريك متحملاً بالرهن في نصيبه•

فإن وقع المال جميعه بالقسمة في نصيب أحد الشركاء ، يظل الرهن نافذاً في حق جميع الشركاء سواء بالقسمة أو حتى بالبيع • والأخير- فرض يندر عملاً في ظل قانون يقيد حق المدين الراهن في التصرف في المال المرهون ، ولا حتى إيجاره ولا التنازل عنه للغير إلا بإذن من الممول •

أما إذا اختص أحد الشركاء بكل العقار المرهون على أثر القسمة العينية أو لأن العقار بيع بالمزاد ورسا المزاد على أحد الشركاء فإن العقار يظل مع ذلك محملاً بالرهن كاملاً، ويتحمل هذا الشريك بالرهن جميعه على أن يرجع هو على جميع الشركاء السابقين وفقاً لأحكام الضمان في القسمة •

- أما إذا تمت القسمة بطريق التصفية ، وبيع العقار بالمزاد العلنى ، ورسا المزاد على أحد الشركاء ، فإن العقار يطهر ، وينتقل حق الدائن المرتهن " الممول " إلى الثمن •

ولا يتصور في التمويل العقارى رهن المال الضامن يصدر من احد الشركاء سواء كان الرهن مفرزاً أو شائعاً ، ولا رهن الشريك للعقار الشائع كله لأن الرهن إن وقع صحيحاً في حدود ما يملكه ، فإنه غير نافذ في مواجهة باقى

الشركاء ، إذا تجاوز الشريك المشتاع في رهن ما يملكه ، وبالتالى نكون بصدد رهن ملك الغير ، وهو لا ينطبق أصلاً في التمويل العقارى .

سادساً- لا يكون للمدين الراهن في التمويل العقارى بغير إذن سابق من الممول ، التصرف في العقار الضامن بأى تصرف ناقل للملكية أى سواء كان معاوضة أو تبرعاً ، ولا يجوز تأجيره، ولا تمكين الغير من شغله – المادة ٧ – على خلاف القواعد العامة بالقانون المدني التى تخول للمدين الراهن التصرف في العقار المرهون وخصوصاً أن هذه التصرفات لا تؤثر في حق الدائن المرتهن – المادة ١٠١٣ مدني .

ولا قيد كذلك على المدين الراهن في إدارة العقار المرهون وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار – المادة ١٠٤٤ مدني . بل إن الإيجار الصادر من المدين الراهن ينفذ في حق الدائن المرتهن إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية- المادة ١٠٤٥ مدني .

وقد رسم القانون المدني للدائن المرتهن طريقة للاعتراض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، فألقى على عاتقه التزام بضمان سلامة المرهون بالمادة ١٠٤٧ مدني .

وفى كل الحالات إذا ترتب على خطأ المدين الراهن هلاك العقار المرهون أو تلفه كان الدائن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو يستوفى حقه فوراً ٠ ناهيك عن حق الدائن المرتهن الطلب إلى المحكمة وقف الأعمال التى تنقص من الضمان واتخاذ الوسائل التى تمنع من وقوع الضرر ٠

وتأكيداً لحماية الدائن المرتهن إذا هلك العقار أو تلف ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على الهلاك أو التلف ، بما في ذلك مثلاً مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية، أو التعويض٠

- ويثور التساؤل عن الحالة التى يخالف فيها المدين الراهن القيد الوارد على التصرف في العقار الضامن أو بتأجيره أو تمكين الغير من شغله ؟ والأثر على ما ورد عليه نص المادة ٨ – قيام الممول " الدائن المرتهن " بمطالبته بباقى أقساط الثمن ، أو باقى قيمة اتفاق التمويل بحسب الأحوال وذلك بإنذار على يد محضر بالوفاء خلال مهلة لا تقل عن ثلاثين يوماً ، فإن لم يقم المدين الراهن بالوفاء كان للدائن المرتهن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار ٠ وتبدأ بالإنذار فيما قدمنا وتنتهى بمباشرة إجراءات التنفيذ على العقار أى بحكم القاضى بإيقاع البيع بحيث يكون لمن حكم بإيقاع البيع عليه تسجيل الحكم ويترتب على هذا التسجيل تطهير العقار من جميع الحقوق العينية التبعية التى أعلن أصحابها بالسند التنفيذي وبإجراءات البيع وفقاً للمادة ١٦ من القانون ٠

وكان على المشرع في قانون التمويل العقارى الاكتفاء بالقواعد العامة، بحيث لا يغل يد المدين الراهن عن التصرف في المال المرهون ، ولا عن تأجيره ، ولا تمكين الغير من شغله اكتفاء بإلزام المدين الراهن في كل الحالات بسلامة الرهن . أما أن يأتى النص مقيداً المالك في التصرف في المال المرهون ، أو حتى إدارته إلا بإذن سابق من الدائن المرتهن ، فأمر لا نفهمه . فالتصرف جوهر الملكية لا يجوز تقييده على هذا النحو – ولا غل يد المدين الراهن عن تأجير المال المرهون أو تمكين الغير من الانتفاع به والقول بغير ذلك شل الملكية ذاتها .

إلى هذا، فالنص يثير التساؤل عن مدى توافقه بنصوص الدستور التى تصون الملكية وتحظر تقييد عناصرها ...

لذا، يمكن الطعن على نص المادة ٨ من قانون التمويل العقارى بعدم الدستورية لمخالفة صريح المواد ٣٦ وما بعدها من الدستور .

سابعاً- وثمة اختلاف نتفهمه في قيد الرهن في التمويل العقارى ، وقيده بحسب القواعد العامة ، والأول يعفى من الرسوم والمصروفات ، التى يخضع لها القيد والشطب ، والتجديد للرهن في قواعده العامة .

كذا، فإن إجراءات التنفيذ على العقار سهلة ميسورة في التمويل العقارى بينما إجراءات التنفيذ على العقار المضمون بالرهن في القواعد العامة أطول مدة ، وأبعد مدى ، وأكثر تعقيداً ٠

- وأخيراً، فإنه ينطبق على الرهن في التمويل العقارى أحكام القانون المدني فيما لم يرد بشأنه نص في قانون التمويل العقارى بما في ذلك القواعد العامة في شمول الرهن ملحقات المال المرهون الوارد النص عليها بالمادة ١٠٣٦ مدني، وأهمها العقارات بالتخصيص ، والتحسينات والإنشاءات ، التى تعود بمنفعة على المالك ٠

كذا، فالرهن العقارى في التمويل العقارى رسمى ، يفرغ فيه الرضاء بالرهن من الممول والمشترى في الشكل الرسمى – المادة ١٠٣١ مدني ٠

ويجب فيه تخصيص المال المرهون على وجه الدقة حماية للمدين الراهن ، سواء فيما يتعلق بالعقار المرهون ، أو بالدين المضمون ٠

الباب الثانى

حق الاختصاص

الباب الثانى

حق الاختصاص

- تعريف حق الاختصاص، تقديره، خطة الدراسة:

نص قانونى ، تعليق:

إعمالاً لنص المادة ١٠٨٥ مدني، يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات ٠

- ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة ٠

وبذا يتبين بأن حق الاختصاص شأنه في ذلك شأن التأمينات العينية الأخرى يتقرر على عقار أو أكثر من عقارات المدين ، فيخول الدائن الحق في التقدم وفى التتبع عليه إلا أن مصدر حق الاختصاص ليس العقد الرسمى ، كما هو الحال في الرهن الرسمى ، وليس العقد الرضائى كما في الرهن الحيازى ، وليس نص القانون ، كما في حقوق الامتياز وإنما مصدره حكم القاضى المختص ، إذا توافرت شرائط معينة٠

ويختلف حق الاختصاص - بالمعنى الذي بسطناه – عن الرهن القضائى في التقنين المدني القديم الأهلى ، والمختلط " أوفى القانون الفرنسى باعتبار أن الأول ، لا يتقرر- كما ذكرنا بقوة القانون وإنما بأمر يصدره رئيس المحكمة بناء على طلب الدائن المحكوم له ، بعكس الرهن القضائى ٠ كما أن حق الاختصاص لا يكون إلا على عقار، أو عقارات معينة مملوكة للمدين، في وقت قيد هذا الحق ٠ إذا كان من الجائز بيعها بالمزاد العلنى بينما الرهن القضائى عام على جميع عقارات المدين المحكوم عليه ٠

- تقدير نظام الاختصاص:

أخذ على نظام الاختصاص بأنه سبب لإيثار دائن على دائن آخر دون مبرر ٠ " كما أنه قد يكون الأسبق من الدائنين إلى أخذ الاختصاص هو الدائن المتغيب وقد تكون هذه الصفة وحدها هى التى جعلت أحد الدائنين يحصل على حكم قبل الآخر ،فيسبقه إلى أخذ الاختصاص[1] " كما قيل بأنه – من هذه الزاوية يدفع الدائنين إلى العجلة فى مطالبة المدين بما فى ذلك من عنت للمدين[2] ٠

---

[1] كما ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية / ج ٧ / ص ١٥٢ ٠
[2] الأعمال التحضيرية / موضع سابق٠

ومردود على ذلك بأن المشرع منع أن يكون حق الاختصاص سبباً لإيثار دائن على آخر دون مبرر بتقريره حظر حق الاختصاص بعد إعسار المدين ، أو بعد وفاته ٠

كما لا يجوز أن يتقرر للدائن حق اختصاص على عقار تزيد قيمته على قيمة الدين في الحال وفى المستقبل ٠

وفيما عدا ذلك ، فإن حق الاختصاص " يعطى للدائن حسن النية الذي يخشى تصرفات المدين ضماناً يطمئن إليه ، ويستطيع معه أن ينظر المدين إلى أجل في الوفاء بما يعود بالفائدة على كل منهما ، ولا ضرر منه على سائر الدائنين "[3] ٠

وفضلاً عن ذلك، فإن من يحصل من الدائنين على حق الاختصاص قد يرتضى إجراء التنفيذ مادام قد أمن بالاختصاص حقه[4] ٠

- وقد إرتأى المشرع المصرى الأخذ بنظام الاختصاص للمزايا التى يحققها ، وبعد التخلص من العيوب التى تشوب نظام الرهن القضائى[5] الذي كان معمولاً به في القانون المدني القديم ٠

---

[3] مجموعة الأعمال التحضيرية / ج ٧ / ص ١٥٥ ٠
[4] مجموعة الأعمال التحضيرية / ج ٧ / ص ١٥٩ – ص ١٦٠ ٠
[5] جمال زكى / ص ٣٣٩ / بند ١٩٦ ٠

خطة الدراسة:

وسوف نعرض بداية لإنشاء حق الاختصاص، ثم لآثاره وانقضائه .

الفصل الأول

الفصل الأول

إنشاء حق الاختصاص

تمهيد وتقسيم:

- انتهينا بأن مصدر حق الاختصاص هو الحكم القضائى شريطة أن يكون واجب التنفيذ ، وأن يكون حكماً صادراً بالمديونية أو فيما عبرت عنه المادة ١٠٨٥/ مدني ، في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين ٠

ولا يتقرر الاختصاص سوى للدائن حسن النية ، كذا فالاختصاص لا يقع على جميع عقارات المدين وإنما على عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد الاختصاص، وجائز بيعها بالمزاد العلنى ٠

وأخيراً، فقد بين المشرع – تفصيلاً – الإجراءات التى يتعين إتباعها للحصول على حق الاختصاص

وسوف نوزع دراستنا في مباحث ثلاثة : **الأول**، في الحكم الذي يجوز به تقرير الاختصاص، **والثانى** في شروطه الموضوعية ، **والثالث** في إجراءات تقرير الاختصاص ٠

المبحث الأول

الحكم الذي بموجبه يتقرر الاختصاص

الحكم الذي يتقرر بموجبه حق الاختصاص يجب أن يكون قضائياً وواجب التنفيذ ، وأن يكون صادراً في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين ، على التفصيل الآتي:

١- أن يكون الحكم قضائياً:

والمقصود من الحكم القضائي الذي لا يتقرر الاختصاص بغيره ، الحكم الصادر من المحكمة المختصة بموجب سلطتها القضائية • ولا يجوز الحصول على حق الاختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية، أو على قرار صادر من محكمين إلا إذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ • ولا يكون قرار المحكم واجب التنفيذ ، أخذاً من المادة ٥٠٩ مرافعات إلا بأمر يصدره قاضي التنفيذ بالمحكمة المختصة كما يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً بين الخصوم ، ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع – المادة ١٠٨٧ مدني•

٢- أن يكون الحكم واجب التنفيذ :

ورد الشرط المذكور بصدر المادة ١٠٨٥ مدني ، على أنه يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ ٠٠٠ ومبررات ذلك منع التفاضل فيما بين الدائنين ، بمجرد المبادرة إلى رفع الدعوى ، بل تكون الأفضلية معقودة للدائن الذي يملك التنفيذ ، ويكون الاختصاص بمثابة ضمان للدائن في استيفاء دينه وأداة تيسير بالنسبة للمدين لأن من حصل على حق الاختصاص فيما ذكرنا – قد يرتضى إرجاء التنفيذ مادام قد أمن بالاختصاص حقه[6] .

وترتيباً على ذلك لا يكون للدائن الحصول على حق الاختصاص بناء على حكم غير نهائي .

٣- أن يكون الحكم في موضوع الدعوى:

نلفت النظر – في البداية – بالفرق بين الأحكام المتعلقة بموضوع الدعوى والأحكام المتعلقة بسير الخصومة [٧] - والأولى وحدها ، تخول للدائن طلب حق الاختصاص، إنما يشترط أن يكون الحكم المتعلق بموضوع الدعوى قطعياً، حتى يتقرر حق الاختصاص .

---

[6] مجموعة الأعمال التحضيرية / ج ٧/ ص ١٦٠ .
[7] بما في ذلك الأحكام التحضيرية ، والأحكام التمهيدية .

كذا يتعين أن يكون الحكم في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين، والمقصود من ذلك أن يلزمه بالقيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل معين ، ولا يجوز الحصول على حق الاختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع ، لأنه لا يلزم المدين بشيء معين ·

المبحث الثانى

القواعد الموضوعية لإنشاء حق الاختصاص

لا يكفى لتقرير حق الاختصاص ، أن يصدر حكم قضائى واجب التنفيذ ، بالمديونية، بل يلزم – فوق ذلك ، أن يكون الدائن المحكوم له بالاختصاص حسن النية وأن يكون المال الوارد عليه الاختصاص مملوكاً للمدين وقت القيد ، وجائز بيعه بالمزاد العلنى، وفى كل الحالات يمتنع الحصول على حق الاختصاص في حالتين ورد النص عليهما بالمادتين ١٠٨٥ ، ١٠٨٨ مدني هما بعد تسجيل صحيفة دعوى إعسار المدين أو بعد وفاته ٠

ونفصل ما أجملناه على النحو الآتى بيانه:

١- أن يكون الدائن المحكوم له حسن النية:

المقصود بحسن النية، كما ورد بالمادة ١٠٨٥ مدنى أن يجهل الدائن المحكوم له بالاختصاص وجود حق للغير يتعلق بالعقار أو العقارات التى يطلب تقرير الحق عليها ولم تتخذ بعد الإجراءات اللازمة لنفاذه في مواجهته ٠

وعلى ذلك، إذا علم الدائن بسبق تصرف المدين في العقار الذي يطلب عليه الاختصاص ، فإنه يكون سيء النية، حتى ولو لم يسجل هذا التصرف إذا كان ناقلاً للملكية أولم يقيد إذا كان يتعلق بترتيب تأمين عينى آخر ٠

والقاعدة أن الأصل هو حسن نية الدائن، وعلى من يدعى العكس إثباته ٠

المال " محل " الاختصاص :

لا يتقرر حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق ، شريطة أن تكون قابلة للبيع بالمزاد العلنى ٠

- حالتان لا يجوز فيهما تقرير حق الاختصاص:

الأولى: تسجيل صحيفة دعوى الإعسار:

أخذاً من نص المادة ٢/٢٥٦ مدني لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل ٠ ويستفاد من النص ، أن الدائن الذي يتقرر له حق الاختصاص قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون له إجراء قيده ، لينتج القيد ، كافة آثار الاختصاص ٠

الحالة الثانية : وفاة المدين :

إعمالاً لنص المادة ٢/١٠٨٥ مدني ، لا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة ٠

وتفسير المنع، أنه بوفاة المدين، تتعلق حقوق جميع الدائنين بالتركة، فلا يصح التمييز بينهم ٠

المبحث الثالث

إجراءات ترتيب حق الاختصاص

تتمثل إجراءات الحصول على حق الاختصاص في تقديم طلب على عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع بدائرتها العقارات التى يراد الاختصاص بها قبل الدائن ٠

وهذه العريضة يجب أن تكون مضمونه بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم وأن تشتمل على البيانات الآتية:

- اسم الدائن، ولقبه، وصناعته، وموطنه الأصلى، وموقعه المختار الذي يعينه في البلدة التى يقع فيها مقر المحكمة ٠
- اسم المدين، ولقبه، وصناعته، وموطنه ٠
- مقدار الدين، فإذا كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً ، وعين المبلغ الذي يؤخذ به حق الاختصاص ٠
- تعيين العقارات تعييناً دقيقاً ، وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها٠

الفصل في طلب الدائن:

إذا قدم الدائن طلب الاختصاص – على النحو السابق – فإن الأمر لا يخرج عن فرضين :

الأول: أن يقبل القاضي طلب الاختصاص ، وعندها، يدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالاختصاص ، وعلى قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص في نفس اليوم الذي يصدر فيه هذا الأمر ٠ وعليه أيضاً أن يؤشر بهذا الأمر على صورة أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص ٠ وأن يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن ٠

ويجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام الأمر ، كما يجوز له أن يرفع هذا التظلم إلى المحكمة الابتدائية ٠

والفرض الثانى: أن يرفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص المقدم من الدائن ، وفى هذه الحالة ، يكون للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية ٠

الفصل الثانى

الفصل الثانى

آثار الاختصاص، وانقضائه

إحالة:

نصت المادة ١٠٩٥ مدني، على أنه يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذي حصل على رهن رسمى ، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام ، وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق ، وأثره، وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة [8]

إنقاص حق الاختصاص :

يجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التى رتب عليها الحق تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين ٠

---

[8] وبدورنا ، نحيل إلى هذه المسائل فيما تقدم بحق الرهن الرسمى ٠

الباب الثالث

الباب الثالث

تعريف الرهن الحيازى، تقديره، خطة الدراسة [٩]

- نص قانونى، تعليق:

٢٢٧- الرهن الحيازى على ما ورد بالمادة ١٠٩٦ مدني عقد به يلتزم شخص ضماناً لدين عليه ، أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان شيئاً يترتب عليه للدائن حق عينى يخوله حبس الشىء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشىء في أى يد يكون ٠

والنص على ما يبين من عبارته يعرف الرهن الحيازى عن طريق بيان مضمونه أى بوصفه حقاً عينياً يخول صاحبه حبس الشىء حتى استيفاء الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشىء في أى يد يكون ٠

[9] الرهن الحيازى في القانون الفرنسى يسمى Nantissement ، إن ورد على منقول يسمى Gage ، وإن ورد على عقار فهو Antichrese ٠ بينما يسمى في القانون المصرى ، الرهن الحيازى، بصرف النظر عما إذا ورد على منقول ، أو عقار وعرض له بالمواد من ١٠١٣ إلى ١٠٩٦ من القانون المدني التى اشتملت على الرهن بأنواعه " رهن العقار والمنقول ، ورهن الدين " ٠ والأول يجب قيده للاحتجاج به في مواجهة الغير ، فإن ورد على منقول لا يعتد بينما لا يكون رهن الدين نافذاً في حق الغير إلا بحيازة الدائن المرتهن أو الشخص الذي عينه المتعاقدان سند الدين المرهون ، وإعلان المدين بالرهن، أو التاريخ الثابت لقبوله – م ١١٠٩ مدنى ٠

كذا، فإن النص قد بين خصوصاً أن التقدم لا يكون على الشيء المرهون، أي على أي مبلغ يحل محل العقار كالتعويض مثلاً ، أو مبلغ التأمين ، وإنما يشير إلى أن التقدم لا يكون إلا على ثمن الشيء [10] ، وهو غير صحيح ومنتقد٠

كذا، يبين أن حق الرهن الحيازى ينشأ عن عقد يلتزم به الراهن بأن يسلم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى أى شخص آخر يسمى عدلاً ويظل المرتهن أو العدل محتفظاً بحيازة الشيء المرهون إلى حين الوفاء بالدين٠

كما يبين خصوصاً بأن حق الرهن ينشأ لمصلحة الدائن المرتهن بمجرد العقد ، فلا يتراخى إلى وقت تسليم المرهون من المدين للدائن أو إلى وقت اتخاذ الإجراءات اللازمة لنفاذ الرهن في مواجهة الغير ويخول للدائن المرتهن " الضامن للشيء المرهون " القيام باستغلاله [11] على أن يستقطع غلة هذا الاستغلال من المصروفات ، والفوائد ، وأصل الدين ٠

ويبين من التعريف السابق أن الرهن الحيازى يختلف عن الرهن الرسمى من زوايا عدة:

---

10 المقصود، المادة ١٠٩٦ مدني مصرى ٠
11 البدراوى / ص ٢٢٨ / بند ٢٠٢ ٠

- فمن حيث المحل ، يجوز أن يتقرر الرهن الحيازى على المنقول أو العقار – المادة ١٠٩٧ [١٢] بينما لا يتقرر الرهن الرسمى فيما أشرنا[١٣] إلا على العقار المادة ١٠٣٠ مدني.

- ومن حيث مصدر الرهن وهو العقد لم يستوجب المشرع في الرهن الحيازى أن يكون رسمياً بعكس الرهن الرسمى الذي لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون – المادة ١/١٠٣١ مدني.

ومن حيث السلطات التى يخولها الحق لصاحبه ، فإن الرهن الحيازى يخول للدائن المرتهن سلطات أوسع نطاقاً وأبعد مدى من سلطات الدائن المرتهن رهناً رسمياً فالرهن الحيازى يعطى صاحبه التقدم والتتبع فضلاً عن حيازته أو حبسه الشيء المرهون عن المدين الراهن إلى أن يقتضى حقه . ويجوز للدائن المرتهن استغلال الشيء المرهون أو استثماره[١٤] ، خلال فترة الحبس ، وقبض ثماره، مع خصمها من المصاريف والفوائد ثم أصل الدين ، على ما سنرى ولا

[12] والمنقول الذي يرد عليه الرهن قد يكون مادياً ، أو معنوياً، كالديون – وانظر في رهن الديون المواد ١١٢٣ إلى ١١٢٩ مدني .

[13] وحيازة الدائن المرتهن ، حيازة لحق الرهن ، أما حيازة نقل الملكية فتظل للمدين الراهن وعليه ، يصبح المرتهن حيازة قانونية لحق الرهن ، وحيازة عرضية لحق الملكية . بما يرتبه ذلك من نتائج إذا كان المرهون منقولاً – بالمادة ٩٧٦ محمولة على المادة ١١١٨ مدني – وإذا كان عقاراً – المادة ٩٦٩٥ مدني وراجع / شكرى سرور / مركز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتى / ١٩٩٤ / ص ١٩٠ / بند ٢٨٧ وص ٢١١ / بند ٣١٢ .

[14] فقد نصت المادة ١١٠٤ مدني على أنه ليس للدائن المرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل ، وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك ، وما حصل عليه الدائن من صافى الريع وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله.

شيء من ذلك في الرهن الرسمى الذي لا يسلب المدين الراهن حيازة العقار المرهون ٠

تقدير نظام الرهن الحيازى:

٢٢٨ـ يترتب على الرهن الحيازى انتقال حيازة الشيء المرهون من المدين إلى الدائن الذي قد لا يحسن استغلاله ، أو المحافظة عليه ٠ وإذا كان الفكر القانونى المعاصر قد عرف نظاماً آخر للرهن لا يحرم المدين من حيازة المال المرهون ، أو الانتفاع به فقد أثير التساؤل عن مدى إمكانية الاستغناء عن الرهن الحيازى؟

ـ والحقيقة أنه يمكن الاستغناء عن الرهن الحيازى بالنسبة للعقارات التى تنطبق عليها أحكام الرهن الرسمى ، بما يترتب عليه من عدم حرمان المدين من حيازة المال المرهون ، أو الانتفاع به أو حتى بالنسبة للمنقولات التى رسم لها المشرع طريقاً للشهر أو الإعلان ٠ الذي يحول دون تعرض الدائن المرتهن لخطر تصرف المالك في المرهون كالطائرات والسفن والمحل التجارى[١٥] ٠

ـ أما بالنسبة للمنقولات الأخرى ، فلا يمكن الاستغناء فيها عن الرهن الحيازى ٠ وتفسير ذلك، أن انتقال الحيازة إلى الدائن ضمان ، يحول دون

[15] تفاصيل أخرى في أحمد سلامة، الرهن الطليق للمنقول / مجلة العلوم القانونية والاقتصادية / يوليه ١٩٦٨/ يناير ١٩٦٩ " القسم الثانى " ٠

تصرف المدين الراهن في المنقولات وتسليمه إلى شخص آخر حسن النية ، يستطيع أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بقاعدة الحيازة في المنقولات سند الحائز – المادة ٩٧٦ مدني ، وبذا يقترب انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن ، من الشهر أو الإعلان بالنسبة لرهن للعقارات ، باعتبار أن كلاهما فيه إعلام للغير ، بحق الدائن المرتهن [16] ٠ وبعبارة أخرى فإن انتقال الحيازة للدائن المرتهن في الرهن الحيازى يحقق ذات وظيفة الشهر ، أو الإعلان في الرهن الرسمى ٠

إلى هذا، فالرهن الحيازى يتم بعقد عرفى، فينطوى بذلك على التيسير على المدين ، كما أنه يتضمن ميزة أخرى بإلزامه الدائن باستغلال أو استثمار المال المرهون ، واستنزال الغلة من الدين ٠ وفى ذلك مصلحة للمدين والدائن والاقتصاد الوطنى ٠

-خطة الدراسة ، إحالة:

٢٢٩- وردت نصوص الرهن الحيازى بالقانون المدني في المواد ١٠٩٦ إلى ١٢٩ ٠

وقد قسم المشرع الباب الخاص بالرهن الحيازى إلى فصول أربعة تكلم فى الأول منها عن إنشاء الرهن الحيازى، وفى الثانى عن آثار الرهن الحيازى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، وفى الفصل الثالث ، عرض لانقضاء الرهن

[16] فيما يراه البدراوى / ص ٢٩٠ / بند ٢٠٤ ٠

الحيازى ٠ وتناول بعض أنواع الرهن الحيازى في الفصل الرابع " رهن العقار ورهن المنقول ، ورهن الدين "٠

والمتأمل في النصوص المذكورة ، يرى أن المشرع قد أحال في المادة ١٠٩٨ إلى بعض أحكام الرهن الرسمى وبعضها يتعلق بأركان الرهن وبعضها الآخر برهن ملك الغير ورهن المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو زواله لأى سبب آخر وبرهن المباني القائمة على أرض الغير ، وبالرهن كضمان لدين معلق على شرط أو دين مستقبل ، أو دين احتمالى، وعدم جواز تجزئة الرهن، وبتعيين الراهن للدين، وما يترتب عليه من نتائج، ونحيل – بدورنا – إلى ما سبق دراسته من هذه الأحكام في الرهن الرسمى[17] ٠

ومن ناحية أخرى، فإن كانت أسباب انقضاء الرهن الرسمى ، هو على ما رأينا تبعية " أى نتيجة لانقضاء الدين المضمون بالرهن " أو بصفة مستقلة برغم بقاء الدين المضمون " بتنازل الدائن المرتهن ، أو باتحاد الذمة، أو بهلاك الشيء المرهون ٠ ولما كنا ، قد بينا هذه الأسباب بالنسبة للرهن الرسمى فلا نرى بالتالى ضرورة لإعادة شرح هذه الأحكام٠

[17] فلا نرى ما يدعو إلى إعادة دراسة ما سبق دراسته خصوصا وقد ورد نص المادة ١٠٩٨ مدني صريحا ، بأنه تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣ وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمى ٠

٢٢٩- مكرراً- وباستبعاد المسائل السابقة في أركان الرهن ، أو انقضائه ٠ فإن دراسة الرهن الحيازى ، لا تعدو أن تكون دراسة لآثار الرهن ولذا نوزع مباشرة شرحها على مبحثين :

نعرض في **الأول** منها لآثار الرهن فيما بين المتعاقدين وفى **الثانى** ، نتناول آثار الرهن بالنسبة للغير ٠

الفصل الأول

الفصل الأول

آثار الرهن فيما بين المتعاقدين

٢٣٠- قدمنا بأن حق الرهن ينشأ للدائن المرتهن بمجرد العقد فلا يتراخى لوقت تسليم المرهون من المدين الراهن للدائن المرتهن مثلاً أو لوقت اتخاذ الإجراءات الضرورية لنفاذ الرهن في مواجهة الغير ٠

٢٣٠- مكرراً- فإذا نشأ حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن – على النحو المذكور – ترتبت عدة آثار أخرى فيما بين **المتعاقدين** هى التزامات تقع على عاتق الراهن ، **وأخرى على عاتق المرتهن** ٠

وسوف نعرض – فيما يلى – لالتزامات الراهن – **مبحث أول** ، ثم التزامات المرتهن في **مبحث ثان** ٠

المبحث الأول

التزامات الراهن

٢٣١- يلتزم الراهن بعدة التزامات متولدة عن عقد الرهن وتدور جميعها حول الفكرة الأساسية التى تميز الرهن الحيازى عن غيره، وهى:

انتقال حيازة المرهون – المادة ١٠٩٩ مدني والالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه – المادة ١١٠١ مدني – والتزامه بضمان هلاك المرهون وتلفه – المادة ١١٠٢ مدني والالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه – المادة ٢/١١٠٢ مدني ، والتزامه بضمان هلاك المرهون وتلفه – المادة ٢/١١٠٢ مدني [١٨] التى أحالت في هلاك ، أو تلف المال المرهون لحكم المادتين ١٠٤٨ ، ١٠٤٩ مدني [١٩] .

[18] وتنص على أنه إذا تسبب الراهن " في الرهن الرسمى " بخطئه العقار المرهون أو تلفه كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأمينا كافياً ، أو أن يستوفى حقه فوراً . . "

[19] وتنص على أنه إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض ، ومبلغ التأمين، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة .

المطلب الأول

التزام الراهن بتسليم المال المرهون

٢٣٢- على المدين الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى العدل الذي عينه المتعاقدان لتسلمه

ويسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع ٠

والواقع أن التسليم لا يعتبر ركناً في الرهن الحيازى إلا أنه يحقق فوائد عدة فهو يمكن الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون والحيازة بدورها تمكن المرتهن من استغلال المرهون أو استثماره على أن يخصم الغلة مما يستحقه ثم أن الحيازة ذاتها شرط لنفاذ الرهن في حق الغير بغيرها تتعطل آثار الرهن ٠

والتسليم على ما قدمنا يكون للمرتهن نفسه أو إلى العدل الذي يتفق عليه المتعاقدان – المادة ١/١٠٣٣ مدني ٠ وعلى أية حال فإنه يسرى على الالتزام بتسليم المال المرهون أحكام الالتزام بتسليم المبيع من حيث كيفية التسليم ومحله وزمانه ومكانه على أن يراعى في ذلك الطبيعة الخاصة لعقد الرهن [٢٠]

---

[20] تناغو / ص ٣٦٩ / بند ١٣٦ / البدراوى / ص ٣٣٨ / بند ٢٤٠ ، وفى أحكام تسليم المبيع ، التى أحال إليها المشرع في تسليم المرهون / الزقرد / ص ١٦١ / بند ١٧٨ وبعدها ٠

وتفريعاً على ذلك ، فمن حيث كيفية التسليم، فإنه يكون بوضع الشيء المرهون تحت تصرف المرتهن أو العدل بحيث يتمكن من حيازته ، والانتفاع به من دون عائق ولو لم يستولى عليه استيلاء مادياً مادام الراهن قد أعلمه بذلك أو كان التسليم حكمياً [٢١] •

والتسليم على النحو السابق يبرىء ذمة الراهن بينما يبقى انتقال الحيازة فعلاً إلى الدائن المرتهن شرطاً لنفاذ الرهن في مواجهة الغير وعليه، فإن استبقاء الراهن الشئ المرهون بعد الرهن على سبيل الإجارة أو الإعارة أو الوديعة لحساب المرتهن لا يجعل الرهن نافذاً في مواجهة الغير ، طالما أن الحيازة الفعلية للشيء المرهون شرط ضروري لذلك •

وتسليم المرهون المؤدى إلى انتقال الحيازة يختلف باختلاف طبيعة الشيء : عقار منقول مادى أو معنوى • وإذا كان المرهون ديناً ، فيكون التسليم بنقل حيازة السند المثبت للدين – المادة ٢/١١٢٣ مدني ، وإذا كان المرهون حق إيجار ، وجب تسليم سنده •• وهكذا[٢٢] •

[21] السنهوري / ٤٢١ •
[22] وفى مشكلات التسليم الحكمى " أى الذي لا يتضمن نقل الحيازة المادية " نبيل سعد / ص ١٩٩ / بند ١٦٦

أما محل التسليم ، فهو الشيء المرهون وملحقاته ، ويقصد بالملحقات كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ٠

ويتم تسليم المرهون بالحالة التى كان عليها وقت إبرام العقد ٠ أما من حيث زمان التسليم ، فهو الزمن المتفق عليه ٠ فإن لم يوجد اتفاق فإن التسليم يكون واجباً فور التعاقد ٠

أما مكان التسليم ، فهو كذلك المكان المتفق عليه وإلا، وجب التسليم فى مكان وجود الشيء إذا كان معيناً بالذات ، أو في موطن المدين الراهن إن كان معيناً بالنوع ٠

- والمهم أنه إذا انتقلت حيازة المرهون من الراهن إلى المرتهن – على النحو الذى بسطناه – وجب أن تستمر حيازة الأخير طالما بقى الرهن[٢٣] ٠ أما إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن ، اعتبر ذلك قرينة على انقضاء الرهن ، غير أنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بإثبات أن الرجوع لم يكن مقصوداً منه انقضاء الرهن ٠ ومن ذلك مثلاً أن يثبت أن الرجوع كان بسبب قيام الراهن

[23] أو على حد تعبير مازو أن نقل الحيازة يجب أن يكون دائماً / ج ٣ / بند ٤٦٨ ٠

بإصلاح المرهون ٠ أو أن المرهون رجع إلى الراهن على سبيل الإيجار إذا كان عقاراً وتم التأشير على هامش قيد الرهن أخذاً من المادة ١١١٤ مدني [٢٤] ٠

ويقع عبء الإثبات ، أخذاً من نص المادة ١١٠٠ مدني على عاتق الدائن المرتهن ٠ ونلفت النظر بأنه إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن خلال فترة الرجوع كانت نافذة في حق الدائن المرتهن [٢٥]٠

[24] ونصها – كالآتى " يشترط لنفاذ الرهن العقارى في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد الرهن ٠ ٠" وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى ٠

[25] المذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص ٠

المطلب الثانى

التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه

٣٣٣- يضمن الراهن سلامة الرهن ، ونفاذه، وليس له أن يأتى عملاً ينقص من قيمة الشىء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد • وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال، أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشىء المرهون – المادة ١١٠١ مدني •

ويلاحظ بداية بأن التزام الراهن في الرهن الحيازى بضمان سلامة الرهن ونفاذه ، يقابله التزام الراهن في الرهن الرسمى بضمان سلامة الرهن [٢٦] والالتزام في نوعى الرهن يعنى عدم قيامه بأى عمل مادى أو قانونى من شأنه أن يؤثر على حق المرتهن ، أو يمس سلطاته على المال المرهون [٢٧] فيقترب من هذه الناحية والتزام البائع، بضمان التعرض سواء كان تعرضاً مادياً أو قانونياً[٢٨] •

وترتيباً على ذلك يجب على الراهن ، الامتناع عن القيام بأعمال التعرض المادى ، التى تحول بين المرتهن وبين إدارة المال المرهون ، أو الانتفاع به وليس له أن يسلبه حيازة المرهون • كما يلتزم بالامتناع عن أى تعرض قانونى

---

[26] بالمادة ١٠٤٧ مدني – والمذكرة الإيضاحية تعليقا عليها •
[27] البدراوى / ص ٣٤١ / بند ٢٤١ •
[28] الزقرد / ص ١٩١ / بند ٢١٥ •

للمرتهن ، وعليه بصفة خاصة الامتناع عن التصرف في المنقول المرهون إلى الغير ، الذي يكون له ، التمسك بالنظام الوارد بالمادة ٩٧٦ مدني، فيحتج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز في مواجهة الدائن المرتهن خصوصاً إذا كان الغير حسن النية ٠ فإذا كان المرهون عقاراً امتنع على الراهن التصرف فيه " بالبيع " إلى مشتر يقوم بتسجيل البيع ، قبل أن يصبح الرهن نافذاً قبل الغير بقيده ٠

- أما عن التزام الراهن بضمان نفاذ الرهن، فمقصود به، الالتزام بالقيام بما يلزم من عمل إيجابى لجعل الرهن نافذاً في مواجهة الغير ٠ ومن ذلك تقديم المستندات الضرورية لإجراء قيد الرهن ، والتصديق على توقيعه على الرهن إذا كان محله عقاراً ، أو تحرير العقد الكتابى في رهن المنقول حتى يصبح نافذاً في مواجهة الغير [٢٩] ٠

- فإذا أخل الراهن، بالتزامه بضمان الرهن، ونفاذه – على النحو المذكور – فإن المشرع خول الدائن المرتهن ، اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية ، ومن ذلك مثلاً، أن يتخذ في حالة الاستعجال وعلى نفقة الراهن ، كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على المال المرهون ٠

29 حيث يشترط لنفاذ الرهن العقارى في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة ، قيد الرهن وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى – م ١١١٤ ٠

- فإذا ترتب على إخلال الراهن بالتزامه ضمان سلامة الرهن ونفاذه، تلف المال المرهون أو استحقاقه للغير جاز للدائن المرتهن المطالبة بفسخ الرهن ، فإذا حكم به سقط أجل الدين ، وأصبح واجب الأداء فوراً · كذا يجوز للدائن المرتهن المطالبة بالتنفيذ بمقابل ، ويكون ذلك غالباً ، بتقديم تأمين تكميلي يعادل ما نقص من قيمة الشيء المرهون ·

المطلب الثالث

التزام الراهن بضمان هلاك المنقول وتلفه

٢٣٤- يضمن الراهن هلاك المرهون ، أو تلفه • ويسرى على الهلاك، أو التلف، أحكام هلاك المرهون رهناً رسمياً أو تلفه •

وبتطبيق أحكام هلاك المرهون رهناً رسمياً أو تلفه على الرهن الحيازى يبين أن الراهن ، إذا تسبب بخطأ منه في هلاك المال المرهون أو تلفه كان الدائن مخيراً بين أن يقضى تأميناً كافياً ، أو يستوفى حقه فوراً ومن أمثلة خطأ الراهن ، أن يتسبب في هدم العقار المرهون • أو ببيع المنقول " محل الرهن " إلى مشتر حسن النية يكتسب عليه حقاً أخذاً من نص المادة ٩٧٦ مدني ، فإن كان الهلاك أو التلف قد نشا عن سبب أجنبى لا يد للمدين الراهن فيه كنزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة ، وهلاك العقار المرهون بفعل الغير ••• الخ • ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان الدائن مخيراً في هذه الحالة بين تقديم تأمين كاف ، أو وفاء الدين فوراً قبل حلول الأجل •

- وفى جميع الحالات ينتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض ومبلغ التأمين ، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة [30]

---

[30] جمال زكى / ص ٣٩٩ / بند ٢٥٤ •

المبحث الثانى

التزامات الدائن المرتهن

٢٣٥- يلتزم الدائن المرتهن بالتزامات عدة ، مردها في اعتقادنا حيازته للمال المرهون مع بقاء الملكية للراهن من ناحية ومقابل السلطات التى خولها له المشرع في استغلال الشيء المرهون من ناحية أخرى

وأخيراً فإن هذه الالتزامات تعتبر ضماناً للراهن الذي يتخلى للمرتهن عن حيازته المال · وإذا كانت التزامات المرتهن متعلقة بحيازة المرهون خصوصاً فإنها لا تقوم إلا إذا تسلم الدائن الشيء " محل الرهن" ·

وتتمثل التزامات المرتهن — ترتيباً على ذلك — في المحافظة على المال المرهون وصيانته والالتزام بإدارته وباستثماره وأخيراً الالتزام برده عند انقضاء الرهن ·

ونلفت النظر بأن هذه الالتزامات يتحمل بها العدل الذي يحوز المرهون إذا فضل المتعاقد ألا يحوزه الدائن المرتهن · كما أن العدل يعتبر وكيلاً عن طرفى الرهن ولا يلتزم إلا بما يلتزم به الوكيل في عقد الوكالة · وهى التزامات تختلف بحسب ما إذا كان الوكيل مأجوراً أو غير مأجور وفى الأولى يلتزم بالمحافظة على الشيء وبأن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد · وفى الثانية

يلتزم بأن يبذل العناية التى يبذلها في أعماله الخاصة من دون أن يكلف بعناية الشخص المعتاد ۰ أما الدائن المرتهن فعليه في الحالتين أن يبذل في المحافظة على المرهون عناية الشخص المعتاد[31] ۰

ونعرض – فيما يلى – لالتزامات الدائن المرتهن :

أولاً – الالتزام بالمحافظة على الشيء :

٢٣٦- إذا تسلم المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته ما يبذله الشخص العادى وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما يثبت أن ذلك راجع لسبب أجنبى لا يد له فيه – المادة ١١٠٣ مدني ۰

وقد أشرنا إلى أن الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون كشأن التزامات المرتهن الأخرى أساسه نقل الحيازة إليه بصفة مؤقتة وبقاء الملكية للراهن فوجب التزام المرتهن بحفظ المرهون حماية لحق الراهن في الملكية ۰

والتزام المرتهن في المحافظة على المرهون التزام بعمل وبذا يتعين على المرتهن أن يبذل في حفظ الشيء المرهون وصيانته عناية الشخص المعتاد[32]

31 قرب جمال زكى / ص ٤٠٠ / بند ٢٥٧ ۰

32 أخذاً من القاعدة العامة الواردة بالمادة ١/٢٠٩ مدني في الالتزام بعمل " إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته ۰۰۰ فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه عناية الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود ۰۰۰ " وعليه فالمادة ١١٠٣ محض تطبيق للنص المذكور ۰

• فإذا أخل الدائن المرتهن بالتزامه بحفظ الشيء وصيانته كان مسئولاً بتعويض الراهن عن الضرر الناشيء عن هذا الإخلال •

على أنه إذا هلك الشيء المرهون أو تلف برغم هذه العناية بسبب أجنبى فإن الراهن يتحمل عبء الهلاك أو التلف بالكامل وتفسير ذلك أن ملكيته تزول أو تنقضى دون أن يرجع على المرتهن من شيء ومن جهة ثانية يزول الرهن أو ينقضى مع حق المرتهن في الرجوع على الراهن بالضمان الوارد في الرهن الرسمى وإن لم ينص على ذلك بالرهن الحيازى •

ومقتضى الالتزام بالصيانة قيام الدائن بالأعمال اللازمة لصيانة الشيء ودفع نفقات الصيانة على أن يخصمها من غلة المال المرهون ومن ذلك مثلاً قيامه بقطع المدة المؤدية لعدم سقوط الدعوى بالدين إذا كان المرهون ديناً •

وإذا كان الدين " محل الرهن " مضموناً برهن رسمى أو امتياز عقارى وجب على الدائن تجديد الرهن في الوقت المناسب •

وإن كان المرهون ورقة تجارية وجب على الدائن المطالبة بها عند حلول أجل الاستحقاق من دون تأخير وأن يبادر بإخطار الراهن بكل ما يقتضى تدخله كأن يكون المرهون مثلاً مهدداً بالهلاك أو التلف أو بنقص في القيمة •

ثانياً – الالتزام بالإدارة والاستثمار .

٢٣٧- نصت المادة ١١٠٦ مدني بأن يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الشخص العادى وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله .

فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه.

وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ، ولم يكن قد حل أجله فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين الوفاء ويوم حلول الدين .

- ومن قبل نصت المادة ١٠٣٨ على ما يأتى:

ليس للدائن أن ينتفع بالشيء[٣٣] المرهون دون مقابل وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً وفقاً لطبيعته وذلك ما لم يتفق على خلافه وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفاد من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله وعلى أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء والاصطلاحات وما دفعه من تكاليف ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين •

ويبين من النصين أن على الدائن الالتزام بإدارة الشيء المرهون واستثماره والمحاسبة على ثمار الشيء المرهون ومقابل المنفعة •

- ونعرض لهذه الالتزامات كالتالي:

١- الالتزام بإدارة المال المرهون:

٢٣٨- يلتزم الدائن المرتهن بعد تسلمه المال المرهون أن يقوم بإدارته لحساب الراهن وتختلف إدارة المال المرهون باختلاف طبيعته أو الغرض منه فإن كان منزلاً كان له أن يسكنه أو يؤجره إلى الغير وإن كان أرضاً زراعية

---

[33] انظر سابقا / ص / هـ ٣ تناغو ص ٣٧٥ / بند ١٣٨ والبدراوى / ص ٣٤٧ / سيملر وديلبك / ص ٤٢٧ / بند ٥١٦ والتزام الدائن المرتهن أو العدل بالمحافظة على الشيء المرهون عندج البعض لا يختلف عن التزام الوديع في عقد الوديعة والمستعير في عارية الاستعمال من ذلك قضاء فرنسى نقض ١٩ يونيو ١٩٢٨ / والوز الدورى / ١٩٢٩ / ٤٥/١ فيما أشير إليه في سيملر وديلبك / ص ٤٢٧ / هـ (١) ومن تطبيقات التزام المرتهن بالحفظ والصيانة في القانون المصرى انظر مثلاً م ٢/١١٦ مدني الخاصة برهن العقار و م ٢/١١١٢٦ مدني الخاصة برهن الدين •

كان له أن يزرعها أو يؤجرها لمن يزرعها[٣٤] على أن الإجارة لا يجوز أن تتجاوز ثلاث سنوات فالدائن المرتهن لا يملك سوى حق الإدارة وليس من الإدارة الإيجار الذي تتجاوز مدته ثلاث سنوات ومعنى ذلك أنه إذا أبرم عقد إيجار مدة أطول لا يكون الرهن نافذاً قبل الراهن فيما يزيد عن ثلاث سنوات ما لم يقر الإيجار إعمالاً لنص المادة ٥٩٩ مدني[٣٥] ما لم يتفق على غير ذلك ٠

- وعلى أية حال فليس للدائن المرتهن الخروج عن أعمال الإدارة المعتادة بإحداث تغيير جوهرى في الشيء المرهون أو بتغيير في الغرض الذي أعد له المرهون إلا برضاء الراهن فإن كان المرهون أرضاً فضاء فليس له أن يبني عليها وإن كان المرهون منزلاً معد للسكن فليس له أن يحوله إلى فندق أو العكس ٠

وفى جميع الحالات فعلى الدائن المرتهن أن يبذل في إدارته للمال من العناية ما يبذله الشخص العادى فإن قصر أو أهمل في هذه العناية تحمل المسئولية وعليه بصفة خاصة أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله ٠

٢٣٩- فإذا أهمل المرتهن في إدارته للمال المرهون على النحو الذى بسطناه – أو باشر عملاً من أعمال الإدارة غير المعتادة ، أو لم يقم بإخطار الراهن في

---

34 توفيق فرج / ص ٢٣٤ / بند ٢٥٤ / البدراوى / ص ٣٥١ / بند ٢٤٩ نبيل سعد / ص ٢٠٥ / بند ١٦٩ ٠

35 ونصها لا يجوز لمن يقتصر حقه على الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنين إلا بترخيص من السلطة المختصة فإذا عقد الإيجار لمدة أطول انقضت مدته إلى ثلاث سنين وكل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره ٠

الوقت المناسب بما يقتضى تدخله، عد مسئولاً قبل الراهن ، وإعمالاً للقواعد العامة يجوز للراهن مطالبته بالتعويض عما أصابه من ضرر ، ولم يكتف المشرع ، بالجزاء الوارد بالقواعد العامة ، فأجاز للراهن ، حال إساءة الدائن المرتهن استعمال حق الإدارة، أو تجاوز أعمال الإدارة المعتادة إلى أعمال الإدارة غير المعتادة بدون رضاء الراهن ، أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً ، أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه [٣٦] ٠

٢ـ استثمار المال المرهون:

٢٤٠ـ للدائن المرتهن إعمالاً للماد ١١٠٤ مدنى استثمار المال المرهون، خاصة إذا كان ينتج ثمارا ، ويبين من النص بصفة خاصة أن استثمار المرهون ليس مجرد حق للدائن ، بل هو التزام عليه، فإن قصر أو أهمل استثمار المال اعتبر مسئولاً بتعويض الراهن عما فاته من كسب بسبب عدم قيامه باستثمار المال المرهون ٠

وليسَ للمرتهن الانتفاع بالمال المرهون بدون مقابل ، والاتفاق على غير ذلك يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً والحكمة من ذلك منع الدائن المرتهن من الحصول

---

[36] ولن تقف حيازة المرتهن عقبة في مواجهة الراهن، فحيازة الأول عرضية لا يترتب عليها حقه في التمسك بالنظام الوارد بالمادة ٩٧٦ مدني ، سواء كان محل الرهن عقارا أو منقولاً ما لم يجول سند حيازته ، إما بفعل الغير، أو بفعل يرجع إليه ، يتضمن مجابهة ، معارضة فى حق المالك " الراهن " ٠ وفى الأولى يجب أن يكون حسن النية ولا يشترط ذلك في الحالة الثانية – على تفاصيل أخرى من شكرى سرور / ص ١٥٦ / بند ٢٣٦ وبعده ٠

على فوائد في صورة انتفاع بالمال المرهون بدون مقابل ، ويترتب- تفريعاً على ذلك – أن الدائن المرتهن إذا استعمل المال المرهون بنفسه يتعين تقدير مقابل الانتفاع على أن يخصم ، مما هو مستحق له ٠

وإجمالاً، فإن استعمال المرتهن المال المرهون بنفسه ، وما يحصل عليه استغلال لهذا المال يعتبر حقاً للراهن ، مرده ملكيته للمال المرهون – على ما سنرى حالاً ٠

والالتزام باستثمار المرهون ليس من النظام العام ٠ فيجوز الاتفاق إذن على ترك المرهون بدون استثمار ٠ ويحدث ذلك مثلاً في الحالات التي يتطلب فيها مثلاً أن يتطلب استثمار المال المرهون خبرة فنية ، عالية لا تتوافر للدائن المرتهن ٠٠٠ وغير ذلك ٠

٣- المحاسبة على ثمار المرهون مقابل منفعته :

قدمنا بأنه ليس للدائن الانتفاع بالشيء المرهون بدون مقابل وليس له، تفريعاً على ذلك أن يأخذ ما يغله المرهون من ثمار بدون مقابل ، والقاعدة كما أسلفنا من النظام العام ، بحيث يقع باطلاً الاتفاق على ما يخالف حكمها ٠

وقد ورد النص صريحاً على أن ما حصل عليه المرتهن من صافي الريع، ، وما استفاده من استعمال المرهون يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ، ولو

لم يكن قد حل أجله ٠ وفى ذلك – ولا ريب – خروج على القاعدة العامة للمقاصة التى تستوجب أن يكون الدينان مستحقى الأداء حتى يمكن إجراء المقاطعة بينهما– المادة ١/٣٦٢ مدنى٠

وقد وضع المشرع ترتيباً ، يتعين الالتزام به، لما يجب خصمه من صافى الريع أو مقابل الانتفاع فيبدأ أولاً من المبالغ التى تستحق للدائن المرتهن لقيامه بالمحافظة على المال المرهون أو إصلاحه وما دفعه من التكاليف ثم بعد ذلك مما يستحقه من المصروفات التى تدخل فيما يضمنه الرهن، وهى مصروفات العقد الذي أنشأ الدين ، ومصروفات عقد الرهن وقيده، والمصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن ٠

وأخيراً ، يخصم ما يتبقى من الفوائد الاتفاقية أو القانونية ثم من أصل الدين٠

صفة الدائن المرتهن في استثمار المرهون وإدارته :

٢٤١- لما كان للمرتهن، فيما أسلفنا استثمار المال المرهون، على أن يخصم الغلة مما هو مستحق له وفقاً للترتيب الوارد بالمادة ٣/١١٠٤ مدني، فإن التساؤل، يثور عن صفة المرتهن في استثماره للمال المرهون وإدارته ؟

الواقع أن الإجابة على التساؤل المطروح قسمت الفقه والقضاء إلى قسمين :

الأول: على أن الدائن المرتهن في قيامه باستثماره المال المرهون مجرد وكيل عن المدين الراهن، على سند من القول بأن تسليم الشيء المرهون إلى المرتهن يشتمل على وكالة ضمنية له من الراهن في الإدارة والاستثمار .

وتأييداً لهذا الرأى ، ذهبت محكمة النقض إلى أن الدائن المرتهن حيازة يعتبر قانوناً أنه وكيل عن المدين في استغلال وإدارة العين المرهونة وقبض ريعها وأن عليه أن يقدم للراهن حساباً مفصلاً عن ذلك . .[٣٧] .

وقد تحرج البعض[٣٨] من أنصار هذا الرأى ، من صعوبة التسليم باتجاه إرادة الرهن توكيل المرتهن عنه في إدارة المال أو استثماره فالأفضل أن تظل الإدارة والاستثمار للراهن نفسه فقال بأن النيابة المقصودة ليست وكالة بل هى نيابة قانونية ، مصدرها نص القانون .

---

37 نقض / ١٩٥٠/١/١٣ / أحكام النقض / س٢ / ص ٩٢ / رقم ١٨ .
38 مرقس / بند ٢٩١ .

بينما اتجه رأى آخر إلى أن الدائن المرتهن يقوم بالإدارة، والاستثمار وبأن الإدارة حق للشخص ، والتزام عليه في آن واحد ۰ وآية ذلك أن المشرع مثلاً يخول المستأجر، الحق في الانتفاع بالمأجور واستعماله، ويلزمه في نفس الوقت بهذا الاستعمال إن كان ترك المأجور بدون استعمال يؤدى إلى هلاكه، أو تلفه[٣٩] [٤٠].

- والاختلاف بين الرأيين ، ليس نظرياً فحسب بل يترتب نتائج عملية ، فيما يتعلق بالإيجار الذي يبرمه الدائن المرتهن أثناء الرهن ، ومدى الاحتجاج به قبل الراهن إذا انقضى الرهن قبل انقضاء مدة الإيجار فإعمالاً للرأى القائل بنيابة الدائن المرتهن على المدين ، ينطبق حكم المادة ٥٩٩ مدني ، ومؤداها أن من له حق الإدارة لا يعقد إيجاراً تزيد مدته عن ثلاث سنوات وإلا فإن الرهن غير نافذ قبل الراهن فيما يجاوز الثلاث سنوات ۰ وإعمالاً للرأى القائل بأن المرتهن أصيل في مباشرة أعمال الإدارة ، والاستثمار فإنه ينطبق على الإيجار الذي يبرمه المرتهن حكم الإيجار الصادر من المنتفع ، وعليه ينقضى الإيجار

---

[39] راجع الزقرد والكندرى، / ص ١٠٧ / بند ١٢٣/ ومن هذا الرأى منصور / بند ١١٨ / ص ٢٣٤ ۰ وتوفيق فرج / ص ٢٣٢ / ونبيل سعد / ص ٢١١ / بند ١٧٣ ۰ عكس ذلك جمال زكى / ص ٤٠٥ / بند ٢٦٠ ۰

[40] بينما اتجه البعض للتقريب بين مركز الدائن المرتهن ، والمنتفع ، بإعتبارهما يستثمران الشىء بمقتضى ما لكل عليه من حق عينى ــ عبد الفتاح عبد الباقى فيما أشير إليه عن البدراوى / ص ٣٥٨ / بند ٢٥٤ ــ هـ (٢) ، هـ (٢) وبينهما فرقان ، أن الاستثمار حق للمنتفع بالشىء وحق وواجب على الدائن المرتهن والمنتفع بأخذ الثمار لنفسه والدائن المرتهن بأخذ الثمار إنما بعد خصم قيمتها من الالتزام المضمون " أى بمقابل "

الذي يعقده الدائن المرتهن ، بانقضاء الرهن أياً كانت مدته ، وذلك بطبيعة الحال ما لم يقر الراهن بغير ذلك.

ثالثاً: الالتزام برد الشيء المرهون :

٢٤٢- يلتزم الدائن المرتهن أخذاً من نص المادة ٣/١١٠٤ مدني برد الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى حقه بالكامل وما يتصل بالحق من ملحقات ، ومصروفات، وتعويضات.

والواقع أن الالتزام بالرد يبدأ حيث ينقضى الرهن سواء، بصفة أصلية، " فسخ عقد الرهن مثلاً أو بالنزول عن حق الرهن " أو بصفة تبعية ، أى تبعاً لانقضاء الدين المضمون لأى سبب من أسباب الانقضاء كالوفاء، والمقاصة ،... الخ . فإن انقضى الرهن – على النحو المذكور – ولم يرد الدائن المال المرهون للمدين الراهن أمكن للأخير أن يرفع دعوى ناشئة عن حقه الشخصي ، تسمى Action pignoris directo أو دعوى رد الرهن ، وله كذلك أن يرفع دعوى عينية " بصفته مالكاً للمال المرهون " تسمى دعوى الاستحقاق العينية .

وفى الأولى يكفى الراهن أن يثبت وجود عقار الرهن الذي يلقى على عاتق الدائن المرتهن الالتزام برد المرهون وفى الثانية يلتزم الراهن " بإثبات ملكيته للمرهون "[٤١] ٠

وإعمالاً للنص المذكور ، فإن المرتهن يلتزم برد المرهون بالحالة التى كان عليها وقت التسليم [٤٢] فإن هلك أو تلف عد المرتهن مسئولاً عن ذلك ما لم يثبت أن الهلاك ، أو التلف يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه [٤٣] ٠

وفى كل الحالات ، فإن للدائن المرتهن أن يتحلل من التزاماته الثلاثة السابقة إذا هو تخلى عن حقه في الرهن وأعاد المرهون إلى الراهن ، وعندها يصبح دائناً عادياً لا دائناً مرتهناً ٠

[41] وتفصيلا سيملر وديلبك / ص ٤٢٨ / بند ٥١٩ ٠
[42] ويقترب بذلك من مرك المستأجر في عقد الإيجار ٠ الزقرد / الكندرى / ص ٥٧ / بند ٧٢ ٠
[43] البدراوى / ص ٦١ / بند ٢٥٦ / ، جمال زكى / ص ٤١١ / بند ٢٦٢ ٠

الفصل الثانى

الفصل الثانى

آثار الرهن الحيازى بالنسبة للغير

تمهيد وتقسيم :

٢٤٣- إذا انتقلت حيازة المرهون من الراهن إلى المرتهن – على النحو الذي بسطناه – يكون للأخير الحق في حبس الشيء المرهون حتى يستوفى حقه ٠

كذا ، يكون للدائن المرتهن الحق فى التقدم ، والحق في التتبع ٠

وعليه ، فسوف نعرض بداية ، للحق في حبس المرهون ، قبل أن نتناول الحق في التقدم ، والحق في البيع ٠

أولاً- حق الحبس:

٢٤٤- يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون ٠

وإذا خرج الشيء من يد الدائن ، دون إرادته ، أو دون عمله كان له الحق في استرداده وفقاً لأحكام الحيازة – المادة ١١١٠ مدنى ٠

ويبين من النص المذكور ، بأن الراهن وقد تخلى عن حيازة المرهون إلى المرتهن فإن الأخير يتمكن من حيازة المرهون ، ويكون له الحق فى حبسه إلى حين إستيفاء الدين المضمون بالرهن ، وينطبق ذات الحكم إذا انتقلت حيازة المرهون إلى الأجنبى الذي عينه المتعاقدان ، حيث يباشر الحبس لمصلحة الدائن المرتهن ويسأل أمامه عن أى إخلال بذلك فيما يراه البعض بحق [٤٤] ٠

وقد اختلف الفقه بشأن ما إذا كان الحق في الحبس ميزة تتفرع عن الحق العينى التبعى الذي ينشأ للدائن المرتهن عن الرهن الحيازى أو مستقل عنه ؟

فالبعض على أن الحق فى الحبس لا ينشأ عن الحق في الرهن ولكن مستقل عنه[٤٥] والقول بغير ذلك يعنى عند أنصار هذا الرأى أن حق الحبس مقيد بحدود ما للدائن من ميزتى الأفضلية ، والتتبع بما يرتب نتيجة مؤداها أن حبس الدائن المرتهن للمرهون إلى أن يستوفى حقه لا يختلف عن حق الحبس المقرر في القواعد العامة – المادة ٢٤٦ وبعدها مدني ٠

ولا يكون للمرتهن أن يحتج بحق الحبس في مواجهة الراهن حتى يستوفى حقه المضمون إلا إذا كان الرهن قد استكمل إجراءات نفاذه في مواجهة الغير ،

---

[44] بوران وبيونيير/ دروس في القانون المدنى الفرنسى / ج ١٣ / بواسطة فوراف / بند ٢١٨ – وقرب البدراوى / ص ٣٧١ / بند ٢٦٣ – فيكون الأجنبى ملزماً بحبس المال المرهون لحساب الدائن المرتهن ٠ جمال زكى / ص ٤١٤/ بند ٢٦٦ ٠

[45] تناغو / ص ٣٨٦ / بند ١٤٢ / - ومازو – ج ١٣ / بند ٧٨ " من الفقه الفرنسى " ٠

باعتبار أن الحق في الحبس لا ينشأ عن حق الرهن الذي يترتب بمجرد إبرام العقد ٠

والبعض على أن الحق في الحبس يتفرع عن الحق العينى الذي ينشأ عن الرهن الحيازى للدائن المرتهن [٤٦] ويترتب على ذلك عكس النتائج السابقة فالحق في الحبس بالنسبة للدائن المرتهن يختلف عن الحق في في الحبس في قواعده العامة ٠ كما يجوز للمرتهن أن يحتج بحق الحبس قبل الراهن ولو كان الرهن لم يستكمل إجراءات نفاذه في مواجهة الغير باعتبار أن حق الرهن ينشأ فيما بين المتعاقدين – بمجرد إبرام العقد ٠

وتتجه المذكرة الإيضاحية إلى أن الحبس يعتبر سلطة من السلطات التى يخولها الرهن وبأنه لذلك يختلف عن الحق في الحبس الذي يثبت للدائن العادى وفقاً للقواعد العامة[٤٧] ٠

وأيا ما كان الأمر فإن الحق في الحبس حتى عند القائلين بأنه مستقل عن حق الرهن يعمل على تقوية حق الرهن وتدعيمه ٠

---

46 تناغو / ص ٣٨٦ / بند ١٤٢ – ومازو / ج ٣ - ج ٣ بند ٧٨ " من الفقه الفرنسى "

47 من هذا الرأى / جمال زكى / ص ٤١٤ / بند ٢٦٦ / منصور / ص ٢٥٩ – ضمناً نبيل سعد / ص ٢١٦ / والمذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص

فإذا كان للدائن المرتهن حبس المرهون – على النحو الذى بسطناه – فإن التساؤل يثور بعد ذلك بصدد الأشخاص الذين يحتج عليهم الدائن المرتهن بحقه في الحبس ؟

ونبادر – بداية – بأنه للدائن المرتهن أن يحتج بحقه في حبس الشيء المرهون في مواجهة المدين الراهن إلى أن يستوفى الدين المضمون ٠

وإذا تصرف الراهن في الشيء المرهون كان للمرتهن الاحتجاج بحقه في الحبس في مواجهة الغير وإذا كان المرهون منقولاً مملوكاً لغير الراهن واكتسب المرتهن حق رهن عليه إعمالاً للنص الوارد عليه بالمادة ٩٧٦ مدني " الحيازة في المنقول سند الحائز " كان للمرتهن الاحتجاج بحقه في الحبس في مواجهة المالك [٤٨] ٠

فإذا كان الحائز قد اشتراه ممن يتجر في مثله أو من السوق، أو من مز علنى فيجوز للحائز مطالبة المرتهن أن يعجل عندئذ بالثمن الذي دفعه ٠

وإذا كان المرهون عقاراً أمكن للدائن المرتهن استرداده إعمالاً لدعوى استرداد الحيازة٠

48 بافتراض أن المرتهن حسن النية ٠ وفى هذا الفرض ، لا يكتسب المرتهن الرهن الحيازى بالعقد فالعقد صادر من غير مالك لكنه اكتسبه بالحيازة وعليه فالحيازة مصدر للرهن الحيازى / قرب البدراوى / ص ٣٧٢ / بند ٢٦٤ / وص ٣٠٩ / بند ٢٢٠ – وشكرى سرور / ص ١٩٠ / بند ٢٨٧ وبعده ٠

وأخذاً من نص المادة ١١١٠ مدني يجوز للدائن أن يحتج بحقه في الحبس في مواجهة كل من يثبت له الحق عليه في تاريخ لاحق لنفاذ الرهن في مواجهته • أما من ثبت له حق على المال المرهون إنما قبل نفاذ الرهن في مواجهته فلا يكون للمرتهن أن يحتج بحقه في الحبس في مواجهته •

وتفسير ذلك أن الدائن المرتهن يحبس الشيء المرهون في الحالة التى كان عليها وقت نفاذ الرهن في مواجهة الغير • ولعل هذا ما قصدته المادة ١١١٠ مدني بتأكيدها على أن للدائن المرتهن حبس المرهون بدون إخلال لما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون •

ويترتب على ذلك نتائج أهمها :

إذا باع الراهن العقار إلى مشتر سجل عقده وكان قد رهنه ، وسلمه إلى مرتهن قيد حقه قبل تسجيل البيع لا يكون للمرتهن الاحتجاج بحقه في الحبس قبل المشترى •

وبعكس ذلك يجوز للدائن المرتهن الاحتجاج بحقه في الحبس قبل أى شخص يكتسب حقاً على المال المرهون بعد نفاذه ، وعليه يجوز للمرتهن الاحتجاج بحقه فى الحبس في مواجهة مشترى المال المرهون بعد نفاذ الرهن • وفى مواجهة المرتهن الثانى رهناً حيازياً إذا كان الرهن الأول سارياً في مواجهة

المرتهن الثانى ، وللمرتهن حق الحبس في مواجهة الدائن العادى للمدين الراهن٠

وإذا كان المرهون عقاراً، فلا يجوز لمن انتقلت إليه ملكيته أن يخلى العقار أو يطهره من الرهن الحيازى كما هو الشأن في الرهن الرسمى [49] ، وبذا، لا يكون له إذا أراد تفادى إجراءات نزع الملكية سوى وفاء الدين للدائن المرتهن كما ذكرنا [50] ٠

ويظل حق الحبس قائماً ، إذا خرج الشيء المرهون من يد الدائن المرتهن دون إرادته ، أو دون علمه ويخول للدائن في هذه الحالة استرداده إعمالاً لأحكام الحيازة سواء كان المرهون في يد الراهن، أو في يد غيره ٠ ويعتبر المرهون في هذه الحالة فى حكم المسروق، أو الضائعّ بالمعنى الوارد بالمادة ٩٧٨ مدني وبمقتضاها ، تتعطل وقتياً آثار الحيازة في المنقول سند الحائز بالمادة ٩٧٦ مدني ، إذا توافرت الشرائط الأخرى ٠

وعليه ، إذا كان المرهون منقولاً ، وباعه المختلس إلى مشتر حسن النية يجوز للدائن المرتهن أن يسترده من حائزه خلال ثلاث سنوات من وقت خروج

[49] قرب البدراوى / ص ٣٧٩ / بند ٢٦٧ ، توفيق فرج ، مرجع وموضعين سابقين ٠
[50] لأن المشرع لم ينظم تطهير العقار في الرهن الحيازى ولم يحل إلى المواد التى نظمت تطهير الرهن ٠ في نفس الأسباب ، جمال زكى / ص ٤٢٠ / بند ٢٧٤ الذي صاغ المسألة صيغة الاستفهام " هل ينقضى الرهن الحيازى ؟ "

الشيء من حيازته ، استثناء من قاعدة الحيازة في المنقول سند الحيازة على النحو الذي فصلناه ٠

ثانياً- حق الدائن المرتهن في التقدم:

٢٤٥- للدائن المرتهن أخذاً من المادة ١٠٩٦ مدني أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من الشيء المرهون على أن المبالغ التى يضمنها الرهن الحيازى تشمل بالإضافة إلى اصل الحق وفى نفس المرتبة ما يأتى[51] :

أ- المصروفات الضرورية التى أنفقت للمحافظة على الشيء[52] المرهون أو صيانته[53]٠

ب- التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء المرهون التى قد يستحقها الدائن المرتهن٠ ومثال ذلك أن يكون المرهون عقاراً به عيب خفى ترتب عليه إلحاق ضرر بالدائن ، أو أدى إلى إلزامه بدفع تعويض للغير ٠

---

[51] انظر نبيل سعد / ص ٢١٨ / بند ١٧٨ ٠

[52] وسوف نرى بان للدائن المرتهن على هذه المصروفات حق امتياز كذلك ، لضمان استيفائها إذا كان المرهون منقولا – المادة ١٠٧٣ مدني ٠

[53] ولا يضمن الرهن سوى المصروفات الضرورية ، فلا يضمن المصروفات النافعة ولا يكون للمرتهن بالنسبة لها إلا الحق في الحبس الوارد بالمادة ٣١٨ مدني وما بعدها، وانظر المذكرة الإيضاحية ، ص ٢٨٤ وما بعدها ٠ شانه في ذلك شان أى شخص ينفق على الشيء الذى يحوزه مصروفات نافعة فلا يحصل عنيها بالتقدم على غيره ٠ منصور / بند ١٣٣ ، البدراوى / بند ٢٦٥ ٠

ج- مصروفات العقد الذي أنشأ الدين ، ومصروفات عقد الرهن الحيازى، وقيده عند الاقتضاء ومثال الأول ، مصروفات عقد القرض الذي قام الرهن ضماناً له ، ومثال الثانى مصروفات إجراءات نفاذ الرهن في مواجهة الغير أو قيد رهن العقار أو تجديد القيد ...

د- المصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى . ومثال ذلك المصروفات التى أنفقها الدائن المرتهن في مباشرة الإجراءات اللازمة لاستيفاء حقه كاملاً .

وجدير بالملاحظة أن الدائن المرتهن يباشر حقه في التقدم أو الأفضلية على ثمن الشيء المرهون بعد بيعه بالمزاد العلنى ، أو على القيمة المالية التى حلت محل المرهون إذا هلك، أو تلف.

- وتتحدد مرتبة الدائن المرتهن في التقدم عند التزاحم مع غيره من أصحاب الحقوق التبعية على المال المرهون في تاريخ نفذا الرهن في مواجهة الغير .

وهو في العقار وقت قيد الرهن – المادة ١١١٤ مدني وانتقال الحيازة بطبيعة الحال.

ووقت إثبات تاريخ العقد بالنسبة للمنقول – المادة ١١١٧ مدني شريطة بيان المبلغ المضمون ، والعين المرهونة بياناً كافياً وبوقت التاريخ الثابت للإعلان ، أو القبول بالنسبة لرهن الديون – المادة ٢/١١٢٣ مدني[54] ٠

ثالثاً- حق الدائن المرتهن في التتبع :

٢٤٩- أشارت المادة ١٠٩٦ مدني إلى أن للدائن المرتهن أن يستوفى حقه بالتقدم من ثمن الشيء المرهون في أى يد يكون، وهذا هو التتبع كحق للدائن المرتهن ومعنى ذلك أنه لا يحتج على الدائن المرتهن بتصرفات المدين الراهن بعد الرهن بحيث يكون للمرتهن التنفيذ على الشيء المرهون ، ولو انتقل ملكيته، أو ترتب أى حق عينى آخر عليه للغير إلى غير الراهن ٠

- ويثور التساؤل عن معنى مباشرة الدائن المرتهن لحق التتبع مع أن الشيء المرهون فى حيازته؟ والواقع أن التتبع المقصود في الرهن الحيازى على عكس الرهن الرسمى ، ليس تتبعاً مادياً للحيازة " التى هى في يد المرتهن " بل المقصود التتبع المعنوى[55] أو القانونى[56] للملكية، بحيث يجوز للدائن المرتهن بمقتضاه التنفيذ على المرهون وهو في ملك الغير ٠

---

[54] البدراوى / ص ٣٧٨ / بند ٢٦٦ ، تناغو / ص ٣٩٠ / بند ١٤٣ ، توفيق فرج / ص ٢٤٥ / بند ٢٦٥ ٠ بخصوص النص المقابل في التقنين المصرى – المادة ١٠٩٦ ٠

[55] ويسمى بالأثر المسقط ، على خلاف الأثر المكسب الوارد بالمادة المذكورة إنما في فقرتها الأولى ٠

[56] وينطبق ذلك على كافة التكاليف ، والقيود العينية الأخرى ، كحق الامتياز " من الحقوق العينية التبعية " وحق الانتفاع " من الحقوق العينية الأصلية " ٠

أما إذا فقد الدائن المرتهن حيازة المرهون، التي انتقلت إلى شخص آخر حسن النية ، فإنه لا يستطيع الاحتجاج بحقه في مواجهة الحائز الآخر •

وتفسير ذلك أن التتبع مرهون بالحيازة ، فإن فقد المرتهن حيازة الشيء المرهون ، لم يعد حقه نافذاً في مواجهة الغير • كذا، يجوز لمن انتقلت إليه حيازة المنقول المرهون ، التمسك بالنظام الوارد بالمادة ٢/٩٧٦ مدني • " الحيازة في المنقول سند الحائز " في شقها الخاص بسقوط التكاليف ، والقيود العينية الواردة على المنقول فيجوز للمرتهن أن يتمسك في مواجهته بحقوق على المنقول لم يكن يعلم بها •

الباب الرابع

الباب الرابـــع

حقوق الامتيـــاز

تعريف حقوق الامتياز : خصائصها، تقسيم :

٢٤٦ـ بالمادة ١١٣٠ عرف المشرع حقوق الامتياز بأنها أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة لصفته • وحقيقة الأمر أن تعريف حق الامتياز قد آثار الجدل بالقانون القديم خاصة أن التعريف أغفل الإشارة إلى أن الامتياز حق عينى • بينما البعض ، على أن الإغفال كان مقصوداً لأن وصف الامتياز بأنه حق عينى كان ولازال محل حلاف • ويكفى الإشارة في هذا الخصوص إلى أن بعض حقوق الامتياز وهى حقوق الامتياز العامة ترد على جميع أموال المدين • مع أن الحق العينى لا يتصور وجوده إلا إذا كان محله معيناً بالذات • كما أن بعض حقوق الامتياز لا تخول صاحبها سلطة التتبع ، وهى أحد مظاهر عينية الحق[٥٧] •••

وأياً ما كان الأمر فإن المسلم به[٥٨] • أن مجمل خصائص الامتياز كما يبين من المادة ١١٣٠مدنى هى ما يلى:

---

[57] بعكس نظيره المصرى الذي عرف الامتياز بالمادة ١١٣٠ مدني بأنه أولوية يقررها القانون لحق معين ولم يذكر حق التتبع •
[58] من المذكرة الإيضاحية •

الباب الرابـــع

حقوق الامتيـــاز

تعريف حقوق الامتياز : خصائصها، تقسيم :

٢٤٦ـ بالمادة ١١٣٠ عرف المشرع حقوق الامتياز بأنها أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة لصفته ٠ وحقيقة الأمر أن تعريف حق الامتياز قد آثار الجدل بالقانون القديم خاصة أن التعريف أغفل الإشارة إلى أن الامتياز حق عينى ٠ بينما البعض ، على أن الإغفال كان مقصوداً لأن وصف الامتياز بأنه حق عينى كان ولازال محل خلاف ٠ ويكفى الإشارة في هذا الخصوص إلى أن بعض حقوق الامتياز وهى حقوق الامتياز العامة ترد على جميع أموال المدين ٠ مع أن الحق العينى لا يتصور وجوده إلا إذا كان محله معيناً بالذات ٠ كما أن بعض حقوق الامتياز لا تخول صاحبها سلطة التتبع ، وهى أحد مظاهر عينية الحق[٥٧] ٠٠٠

وأياً ما كان الأمر فإن المسلم به[٥٨] ٠ أن مجمل خصائص الامتياز كما يبين من المادة ١١٣٠مدنى هى ما يلى:

---

[57] بعكس نظيره المصرى الذي عرف الامتياز بالمادة ١١٣٠ مدني بأنه أولوية يقررها القانون لحق معين ولم يذكر حق التتبع ٠
[58] من المذكرة الإيضاحية ٠

الأشياء التى لا يجوز بيعها على استقلال ، والأشياء الخارجة عن دائرة التعامل ٠

ولما كان الامتياز، مصدره نص القانون – المادة ١٠٦١ مدني ، فالقانون هو الذى يحدد الحق الممتاز كما يحدد محل الامتياز " المال الذي يستوفى منه صاحب الحق ، حقه بالأولوية ٠

كما أن القانون، هو الذي يحدد مرتبة الامتياز فإن لم يحدد القانون لامتياز ما مرتبته، كان متأخراً عن كل امتياز منصوص على مرتبته ٠ وإن كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة ، فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك – المادة ٢/١١٣٠ مدني ٠ وترتيباً على قاعدة لا امتياز إلا بنص القانون ، يتعين عدم التوسع في تأويل النصوص القانونية ، ولا تطبيقها عن طريق القياس ٠

وأخيراً، فحقوق الامتياز تنقسم من حيث الأموال التى تقع عليها إلى حقوق الامتياز العامة ، وحقوق الامتياز الخاصة، وإلى هذا التقسيم نصت المادة ١١٣٢ مدني على أنه، ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول، أو عقار معين ٠

الأشياء التى لا يجوز بيعها على استقلال ، والأشياء الخارجة عن دائرة التعامل ·

ولما كان الامتياز ، مصدره نص القانون – المادة ١٠٦١ مدني ، فالقانون هو الذى يحدد الحق الممتاز كما يحدد محل الامتياز " المال الذي يستوفى منه صاحب الحق ، حقه بالأولوية ·

كما أن القانون، هو الذي يحدد مرتبة الامتياز فإن لم يحدد القانون لامتياز ما مرتبته، كان متأخراً عن كل امتياز منصوص على مرتبته · وإن كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة ، فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك – المادة ٢/١١٣٠ مدني · وترتيباً على قاعدة لا امتياز إلا بنص القانون ، يتعين عدم التوسع في تأويل النصوص القانونية ، ولا تطبيقها عن طريق القياس ·

وأخيراً، فحقوق الامتياز تنقسم من حيث الأموال التى تقع عليها إلى حقوق الامتياز العامة ، وحقوق الامتياز الخاصة، وإلى هذا التقسيم نصت المادة ١١٣٢ مدني على أنه، ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول، أو عقار معين ·

الفصل الأول

المطلب الأول

تقسيم حقوق الامتياز

٢٤٩- تنقسم حقوق الامتياز من حيث الأموال التي ترد عليها إلى قسمين: حقوق الامتياز العامة ، حقوق الامتياز الخاصة •

وإلى هذا التقسيم أشارت المادة ١١٣٢ مدني بأن حقوق الامتياز العامة ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين •

ونتناول بداية حقوق الامتياز العامة ثم حقوق الامتياز الخاصة •

أولاً- حقوق الامتياز العامة:

٢٥٠- حقوق الامتياز العامة ، هي التي ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار- المادة ١١٣٢ مدني – والمقصود أنها لا ترد على مال أو أموال معينة بذاتها • وإنما يكون صاحب الحق الممتاز استيفاء دينه بالأولوية على غيره من الدائنين • ولما كانت حقوق الامتياز العامة لا ترد على مال ميعن بالذات فإنها بداية لا تمنح صاحبها الحق في تتبع أموال المدين كما أنها لا تخضع للشهر حتى وإن وردت على عقار ولذا نصت المادة ٢/١١٣٤ مدني على أنه لا يلزم القيد في حقوق الامتياز العامة ولو وردت على عقار • ولعل

الفصل الأول

الأحكام العامة في حقوق الامتياز

٢٤٨- ذكرنا بأن المشرع قد عرف حقوق الامتياز بأنها أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته، كما نص على أنه لا امتياز إلا بنص القانون ، وبأن القانون ، يحدد مرتبة الامتياز بينما قسم حقوق الامتياز إلى قسمين : حقوق الامتياز العامة ، وحقوق الامتياز الخاصة كما بين آثار حقوق الامتياز ثم انقضاؤها ·

وسوف نعرض بداية لتقسيم حقوق الامتياز – **في مطلب أول** ، ثم آثارها ، وانقضاؤها – **في مطلب ثان** ·

أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده كما جعل الامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة العامة الأسبقية في الترتيب على سائر حقوق الامتياز العامة الأخرى ولا يسبقها في الترتيب سوى امتياز المصروفات القضائية – المادة ١١٤٨ مدني ٠

ثانياً – حقوق الامتياز الخاصة :

٢٥١- حقوق الامتياز الخاصة فيما رأينا هى التى ترد على منقول أو عقار معين بالذات ٠

وحقوق الامتياز الخاصة بنوعيها تعتبر حقوقاً عينية بالمعنى الصحيح لأنها تخول صاحبها حق التقدم أو الأولوية في استيفاء الدين من ثمن المال المقر عليه ٠ وكذا حق التتبع إن كان الحق الأول يكفل للدائن في كل الحالات الحق في استيفاء مبلغ الدين ٠ سواء كان الامتياز الخاص على عقار أو منقول ٠ فإن حق التتبع قد يتعطل بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز – المادة ٩٧٦ مدني بما لها من أثر مسقط للتكاليف والقيود العينية ومنها حق الامتياز وتأكيداً لذلك فإنه لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية على اعتبار خلوه منه ٠

هذا ما دفع البعض بحق إلى التسليم بأن حقوق الامتياز العامة لا تعتبر حقوقاً عينية بالمعنى الصحيح • بل هى أقرب أن تكون وصفاً في بعض الحقوق تتقدم بمقتضاه على غيرها في الوفاء •أو أنها مجرد أولوية تجنب الدائن صاحبه مزاحمة باقى الدائنين •[61]

ومع ذلك ثمة حقوق امتياز وهى الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة، تستحق رعاية خاصة لذا خصها المشرع بقواعد استثنائية • وهذه حقوق قد تكون عامة " ترد على جميع أموال المدين " وقد تكون خاصة ترد على مال معين بالذات فإن كان الامتياز خاصاً وواردا على عقار فلا يلزم فيه القيد استثناء من أحكام القيد بالنسبة للامتياز الخاص العقارى •

وإذا كانت حقوق الامتياز العامة فيمتا ذكرنا – لا يترتب عليها حق التتبع فقد استثنى المشرع من ذلك امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة • وتأكيداً لذلك فبعد أن عرضت المادة ١١٣٤ مدني للقاعدة العامة أن حقوق الامتياز العامة لا يترتب عليها حق التتبع تابعت ••• وذلك مع مراعاة ما يقضي به القانون في شأن امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة •••

وقد جعل القانون لحقوق الامتياز العامة من عدم خضوعها بحسب الأصل للقيد ، إذا كان محلها عقارا أسبقية في المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر

[61] منصور مصطفى منصور / مذكرات / بند ١٤١ •

المطلب الثانى

آثار حقوق الامتياز ، وانقضاؤها

٢٥١- مكرراً- نسارع إلى التنويه في البداية بأن المقصود بآثار الامتياز الإجابة عن تساؤلات عدة تتعلق بقيد حقوق الامتياز للاحتجاج بها في مواجهة الغير ثم السلطات التى يمنحها الحق الممتاز لصاحبه " التقدم ، والتتبع " أما انقضاء حقوق الامتياز فيثير التساؤل عن مدى تطبيق أحكام انقضاء الحقوق العينية التبعية الأخرى على حقوق الامتياز ٠

وسوف نعرض بداية لآثار حقوق الامتياز ثم انقضاؤها ٠

الفرع الأول – آثار حقوق الامتياز

٢٥٢- قدمنا بأن حقوق الامتياز العامة لا تخضع للشهر حتى ولو كان محلها عقاراً- المادة ٢/١١٣٤ مدنى[٦٢] كذا، فإن حقوق الامتياز الخاصة الواردة على المنقول لا تخضع للشهر ٠ وفيما عدا ذلك ، لا تعتبر حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار نافذة في مواجهة الغير إلا إذا تم شهرها عن طريق القيد وتأكيداً لذلك نصت المادة ١٠٦٦ مدني على أنه تسرى على حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا يتعارض فيه

[62] بما في ذلك حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ٠

كما ورد بالفقرة الثانية من النص تطبيقاً لذلك بأنه يعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التى يأتى بها النزلاء إلى فندقه ٠٠٠

وجماع القول إذن أن حقوق الامتياز جميعاً عامة أو خاصة على منقول أو عقار تشترك في تخويل صاحبها سلطة الأولوية في استيفاء حقه وفقاً للمرتبة التى يحددها القانون ٠ إلا أن التتبع يظل سلطة للدائن صاحب الامتياز الخاص الواقع على عقار ٠ فلا ينطبق بحسب الأصل على حقوق الامتياز العامة ولا ينطبق على حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول إذا انتقل المنقول بحق الامتياز إلى حائز حسن النية يستطيع التمسك بالأثر المسقط للحيازة في المنقول سند الحائز – المادة ٢/٩٧٦ مدني ٠

المطلب الثانى

آثار حقوق الامتياز ، وانقضاؤها

٢٥١- مكرراً- نسارع إلى التنويه في البداية بأن المقصود بآثار الامتياز الإجابة عن تساؤلات عدة تتعلق بقيد حقوق الامتياز للاحتجاج بها في مواجهة الغير ثم السلطات التى يمنحها الحق الممتاز لصاحبه " التقدم ، والتتبع " أما انقضاء حقوق الامتياز فيثير التساؤل عن مدى تطبيق أحكام انقضاء الحقوق العينية التبعية الأخرى على حقوق الامتياز ٠

وسوف نعرض بداية لآثار حقوق الامتياز ثم انقضاؤها ٠

الفرع الأول – آثار حقوق الامتياز

٢٥٢- قدمنا بأن حقوق الامتياز العامة لا تخضع للشهر حتى ولو كان محلها عقاراً- المادة ٢/١١٣٤ مدنى[٦٢] كذا، فإن حقوق الامتياز الخاصة الواردة على المنقول لا تخضع للشهر ٠ وفيما عدا ذلك ، لا تعتبر حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار نافذة في مواجهة الغير إلا إذا تم شهرها عن طريق القيد وتأكيداً لذلك نصت المادة ١٠٦٦ مدني على أنه تسرى على حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذي لا يتعارض فيه

---

[62] بما في ذلك حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ٠

مع طبيعة هذه الحقوق ٠ وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير ، والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو ٠

وحق الامتياز فما قدمنا يخول صاحبه التقدم على سائر الدائنين العاديين من استيفاء حقه فإذا تعدد الدائنون الممتازون ، أو تزاحم دائن ممتاز ، وصاحب تأمين عينى آخر حدد القانون مرتبتهم ، وذلك أياً كان نوع الامتياز ٠ ويرد حق الدائن في التقدم ليس فقط على ثمن المال محل الامتياز وإنما على كل مقابل يحل محل هذا المال ٠ وتأكيداً لذلك نصت المادة ١١٣٥ مدني على أنه يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك الشيء ، وتلفه ، وقد رأينا بأن حق الدائن المرتهن إذا هلك العقار المرهون ، أو تلف لأى سبب كان ينقل بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض ، ومبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة والمتأمل بنص المادة المذكورة يرى بأن فائدته محصورة على حقوق الامتياز الخاصة فقد قدمنا بأن حقوق الامتياز العامة ترد على جميع أموال المدين وكل ما يستحقه الدائن مقابل هلاك أو تلف أى منها يدخل في وعاء الامتياز العام [٦٣] ٠

وأخيراً فإن حق الامتياز يخول صاحبه حق التتبع ويستثنى من ذلك حقوق الامتياز العامة فلا يثبت هذا الحق إذاً إلا لأصحاب الحقوق الممتازة الخاصة

[63] البدراوى / ص ٣٩٥ / بند ٢٨٤ ٠

الواقعة على عقار أو منقول ما لم يتعطل الأخير بقاعدة الأثر المسقط أخذاً من النظام المنصوص عليه بالمادة ٢/٩٧٦ مدني محمولاً على نص المادة ١١٣١ مدني ونصها "١" يحدد القانون مرتبة الامتياز فإن لم يحدد القانون الامتياز مرتبته كان متأخراً عن كل امتياز منصوص على مرتبته وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك ٠

الفرع الثانى

انقضاء حقوق الامتياز - إحالة

٢٥٣- أخذاً من صن المادة ١١٣٦ مدني على أنه ينقضى حق الامتياز بنفس الطريقة التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى وحق الرهن الحيازى ووفقاً لحكام انقضاء هذين الحقين وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه تلك الأحكام مع طبيعة حق الامتياز يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك ٠

وترتيباً على ذلك ، نحيل بشأن انقضاء حقوق الامتياز لما سبق بخصوص الرهن الرسمى أو الحيازى ٠٠٠ ونكتفى بأن حق الامتياز يمكن أن ينقضى بصفة طبيعية أياً كان محله بانقضاء الدين المضمون كله كما ينقضى حق الامتياز بصفة أصلية إذا كان محله عقاراً بذات الأسباب آلتى ينقضى بها الرهن الرسمى فإن كان وارداً على منقول انقضى بذات الطريقة التى ينقضى بها الرهن الحيازى الوارد على منقول ٠

الفصل الثانى

الفصل الثاني

أنواع حقوق الامتياز

نصوص قانونية ، وتفصيل:

٢٥٤- نصت المادة ١١٣٧ مدني على أن الحقوق المبينة الآتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة ٠

ثم عرضت المواد ١١٣٨ وما بعدها من القانون المدني لحقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول ونلفت النظر بأن النصوص الخاصة بهذا القسم جاءت مرتبة وفقاً لمرتبة كل امتياز ٠ ثم وردت بعد ذلك حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار وسوف نعرض بداية لحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول وحقوق الامتياز العامة (**المطلب الأول**) ٠ على أن نتناول في (**مطلب ثان**) حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار ٠

المطلب الأول

حقوق الامتياز العامة ، والخاصة على المنقول

٢٥٥-إذا كان المشرع قد أورد حقوق الامتياز العامة والخاصة الوارد على المنقول في فرع واحد .إلا أن ترتيب هذه الحقوق ورد على النحو الآتى: أولاً- امتياز المصروفات القضائية يليه امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ثم امتياز حفظ المنقول وإصلاحه ثم بعد ذلك حقوق الامتياز العامة الأخرى وهى: الأجور المستحقة للإجراء ثم امتياز المبالغ المستحقة للموردين يليه امتياز مبالغ النفقة .

أولاً- امتياز المصروفات القضائية:

نص قانونى، وتعليق:

٢٥٦- نصت المادة ١١٣٨ مدني على أن المصروفات القضائية التى أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها لها امتياز على ثمن هذه الأموال -وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن وتتقدم المصروفات التى أنفقت في بيع الأموال على تلك التى أنفقت في إجراءات التوزيع ويبين من النص أن الحق الممتاز يشمل المصروفات القضائية التى تنفق في التحفظ على أموال المدين والتنفيذ عليها

"١" شريطة أن تكون قد أنفقت لمصلحة جميع الدائنين وعلى ذلك يخرج من نطاق الحق الممتاز ، المصروفات التى أنفقت في حفظ المنقول مادياً من الهلاك أو التلف فهذه تدخل كما سنرى ضمن امتياز آخر متأخر في المرتبة عن امتياز المصروفات القضائية وبغير لك لا يمكن أن يتقدم بها الدائن الذي أنفقها على غيره من الدائنين ٠

وعليه يخرج من نطاق الحق الممتاز ما أنفقه أحد الدائنين من مصروفات قضائية لمصلحته ، كمصروفات الدعوى التى يرفعها الدائن على مدينه بخصوص الدين وإن أنفقت هذه المصروفات لفائدة بعض الدائنين كانت ممتازة في مواجهته فقط ٠

ونلفت النظر أن محل الامتياز الثمن المتحصل في حفظ الأموال وبيعها فإن تحققت شرائط الحق الممتاز فإن المصروفات القضائية تتقدم على جميع الحقوق الأخرى التى أنفقت هذه المصروفات من أجل استيفائها في المرتبة فالمصروفات القضائية تسبق في المرتبة ليس فقط الدائنين العاديين بل وأصحاب التأمينات العينية الأخرى ٠ أما إذا وقع تزاحم بخصوص المصروفات القضائية وأنفق دائن المصروفات لحفظ المال والثانى مصروفات لبيعه والثالث لتوزيعه تقدمت مصروفات الحفظ والبيع على مصروفات التوزيع٠

ثانياً- امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة

نص قانوني ، وتعليق:

٢٥٧- نصت المادة ١١٣٩ مدني على أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كأن يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والنظم الصادرة في هذا الشأن- ويستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أى يد كانت قبل أى حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن عدا المصروفات القضائية ٠

والنص صريح بأن الامتياز يشمل جميع المبالغ المستحقة للخزانة العامة في المرتبة الثانية لامتياز المصروفات القضائية وهو يتقدم لذلك على كافة حقوق الامتياز والرهن مهما كانت مرتبته٠

ونذكر، بان امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة قد يكون عاماً يرد على جميع أموال المدين من عقار أو منقول وقد يكون خاصاً على عقار بالذات أو على عقار ومنقولات في نفس الوقت كالرسوم الجمركية على البضائع المستوردة مثلاً كما أن امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة يتقرر ولو كان محله عقاراً ٠ فإن وقع الامتياز على منقول ارتهنه شخص حسن النية أمكنه التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز لعدم سريان الامتياز عليه ٠

ثالثاً- امتياز حفظ ، وترميم المنقول:

٢٥٨- نصت المادة ١١٤٠ مدني على أن المبالغ التى صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من إصلاح يكون لها امتياز عليه كله ، وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المنقول بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها .

والمقصود بالمبالغ التى صرفت في حفظ المنقول المصروفات الضرورية التى لولاها لهلك المنقول كله أو بعضه أو أصبح غير صالح للاستعمال أما المصروفات النافعة التى يترتب عليها زيادة قيمة المنقول فلا يشملها الامتياز .

والمهم أن امتياز حفظ المنقول وترميمه يأتى في المرتبة الثالثة بعد امتياز المصروفات القضائية وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة فإن تعددت المبالغ التى صرفت علي حفظ المنقول من الهلاك أو التلف لا يكون لها أخذاً من النص المذكور نفس المرتبة وإنما يقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى وتواريخ صرفها والحكمة من ذلك أنه لولا المبالغ التى أنفقت أخيراً لهلك المنقول أو تلف أو أصبح غير صالح للاستعمال الذي أعد لأجله .

رابعاً- حقوق الامتياز العامة :

٢٥٩- ذكرنا بأن حقوق الامتياز العامة التالية لحقوق الامتياز السابقة فى المرتبة – هى امتياز الأجور المستحقة للإجراء وامتياز المبالغ المستحقة للموردين وامتياز النفقة ولذا نصت المادة ١١٤١ مدني على ما يأتى: يكون للحقوق التالية بقدر ما هو مستحق منها في الستة شهور الأخيرة حق امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار (أ) المبالغ المستحقة للخدم والعمال وذلك أجير آخر من أجرهم ومرتباتهم من أى نوع كان (ب) المبالغ المستحقة عما صرف للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس ودواء (ج) النفقة المستحقة في ذمة المدين لمن تجب نفقتهم عليه ·

وحددت الفقرة الثانية من النص المذكور مرتبة هذه الحقوق لتأكيدها على أنه تستوفى هذه المبالغ بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والإصلاح أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها ·

المطلب الثانى

حقوق الامتياز العقارية الخاصة

هنـاك ثلاثـة حقـوق امتيـاز خاصـة تـرد علـى العقـار : امتيـاز بـائع العقـار ، وامتياز المقاولين والمهندسين وامتياز المتقاسم فى العقار[64].

ونكتفى بالإحالة إلى النصوص المنظمة لها بالقانون المدني .

[64] ونن نعرض لها لسبق دراستها .

٢٦٠- نصت المادة ١١٧ من قانون المحاماة رقم ١٩٦٨/٦١٠ على أن لأتعاب المحامى حق امتياز يلى مباشرة حق الخزانة العامة على الأموال والحقوق التى قام بتحصيلها لموكله ، وضمانات الإفراج والكفالات أياً كان دافعها ، والنص بذلك ينهى خلافاً قديماً حيث اتجه البعض أن أتعاب المحامى في مجملها مضمونه بامتياز المصروفات القضائية ، بينما اتجه البعض إلى أنها تدخل في امتياز مصروفات الحفظ والصيانة فيكون لهذه الأتعاب الامتياز المقرر لهذه المصروفات على ما آل للموكل في النزاع موضوع التوكيل .

والمشرع يفرق بين نوعين من الحقوق الممتازة الأولى الأموال، والحقوق التى قام المحامى بتحصيلها لموكله نتيجة الدعوى موضوع الوكالة سواء كانت منقولاً أو عقاراً أو مبالغ نقدية ، ويكون للمحامى عليها حق امتياز من الدرجة الأولى فتقترب لذلك من الامتياز المقرر للمصروفات القضائية .

أما أموال الموكل الأخرى فيكون امتياز المحامى في اقتضاء أتعابه منها من الدرجة الثانية أى يأتى بعد المصروفات القضائية مباشرة .

قائمة بمراجع المؤلف*

د/ أحمد شرف الدين — التأمينات الشخصية والعينية – بدون ناشر ، ولا سنة نشر ، مشار إليه باسم شرف الدين ، ص ، بند .

د/ توفيق حسن فرج — طبعتان ، التأمينات الشخصية والعينية ، ١٩٨٤ ؛ مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٥ ، مشار إليه باسم توفيق فرج ، ص، بند

د/ حسام الدين الأهوانى — التأمينات العينية في القانون المدني لكويتى، ج ١ ، مؤسسة دار الكتاب ، ١٩٨٥ .

د/ سمير عبد الستار تناغو — التأمينات الشخصية والعينية، دار المعارف بالإسكندرية ، ١٩٧٠ مشار إليه باسم تناغو ، ص ،بند .

د/ سليمان مرقس — التأمينات العينية ، ط ٢، ٩٥٩ ، مشار إليه باسم مرقس، ص ، بند .

د/ عبد الرزاق السنهورى — الوسيط / ج ١٠ ، القاهرة ، ١٩٧٠

د/ عبد المنعم البدراوى — التأمينات العينية ، المنصورة ، ١٩٨٥ مشار إليه باسم البدراوى، ص ، بند .

* نكتفى بذكر المراجع العامة ، على أن نشير للمراجع الأخرى – بالعربية وبالفرنسية – حواشى المؤلف .

د/ منصور مصطفى منصور	عقد الكفالة ، ١٩٦٠ ، والتأمينات العينية ، ط ١٩٦٣ ، مشار إليه باسم منصور ، بند ، مع تحديد المرجع عند الضرورة.
د/ محمود جمال الدين زكى	التأمينات الشخصية والعينية ، ط ٣ ، دار الشعب ، ١٩٧٩ ، مشار إليه باسم جمال الدين زكى ، ص ، بند .
د/ نبيل إبراهيم سعد	التأمينات العينية والشخصية ، دار المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٢ .

المراجع باللغة الفرنسية :

1. Cabrillac (M.) et Mouly (C.) Droit des suretés, Litec 1990 .

- مشار إليه باسم كابرياك ، ومولاى ، ص ، بند ٠

2. Mazeaud (H. L.et J.) Suretés, Publicitéonciére V- 1 Par Chabas et Ranouil – 6 ém – 1988 .

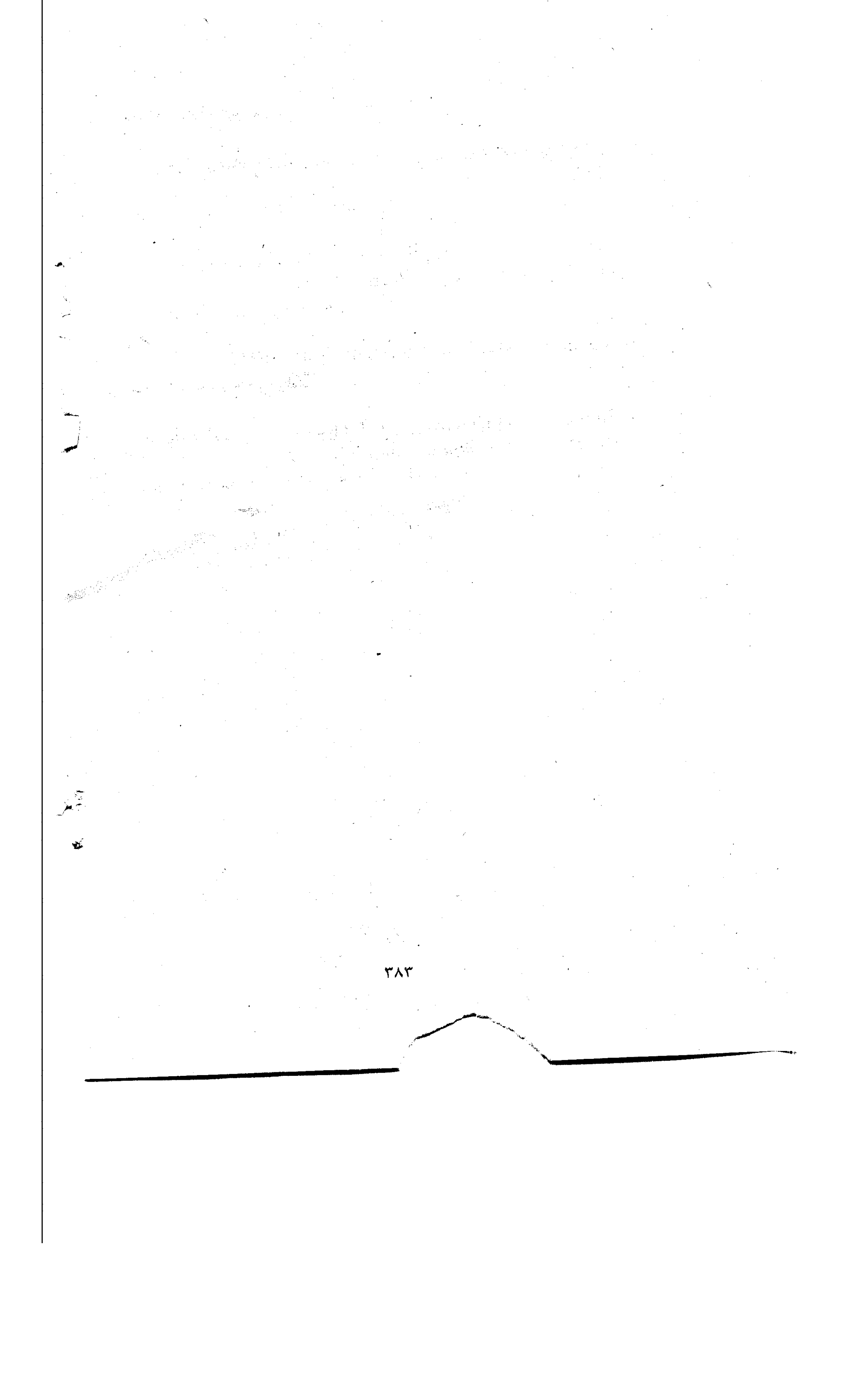
مشار إليه باسم مازو، وشابا ، ص ، بند ٠

3- Simlar, (P.) Le Cautionnement – Litec, 1982 .

مشار إليه باسم سيملر ، ص ،بند ٠

4- Simler (P.) et Delepecque (P.) Les surétes la Publicité fonciére 2 ém – 1995 – Dalloz .

مشار إليه باسم سيملر وديلبك ، ص ، بند ٠



الفهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
المبحث الثانى: التزامات الدائن المرتهن .	٣٢٧
الفصل الثانى: آثار الرهن بالنسبة للغير .	٣٤٠
أولاً: حق الحبس .	٣٤١
ثانياً: حق التقدم .	٣٤٧
ثالثاً: حق التتبع .	٣٤٩
الباب الرابع: حقوق الامتياز	٣٥٢
الفصل الأول: الأحكام العامة في حقوق الامتياز .	٣٥٩
- **المطلب الأول:** تقسيم حقوق الامتياز العامة .	٣٦١
- **المطلب الثانى:** آثار حقوق الامتياز وانقضاؤها .	٣٦٥
الفصل الثانى: أنواع **حقوق الامتياز** .	٣٧٠
- **المطلب الأول:** حقوق الامتياز العامة ، والخاصة على المنقول .	٣٧٢
- **المطلب الثانى:** حقوق الامتياز العقارية الخاصة .	٣٧٧
المراجع .	٣٨٠
الفهرس .	٣٨٤